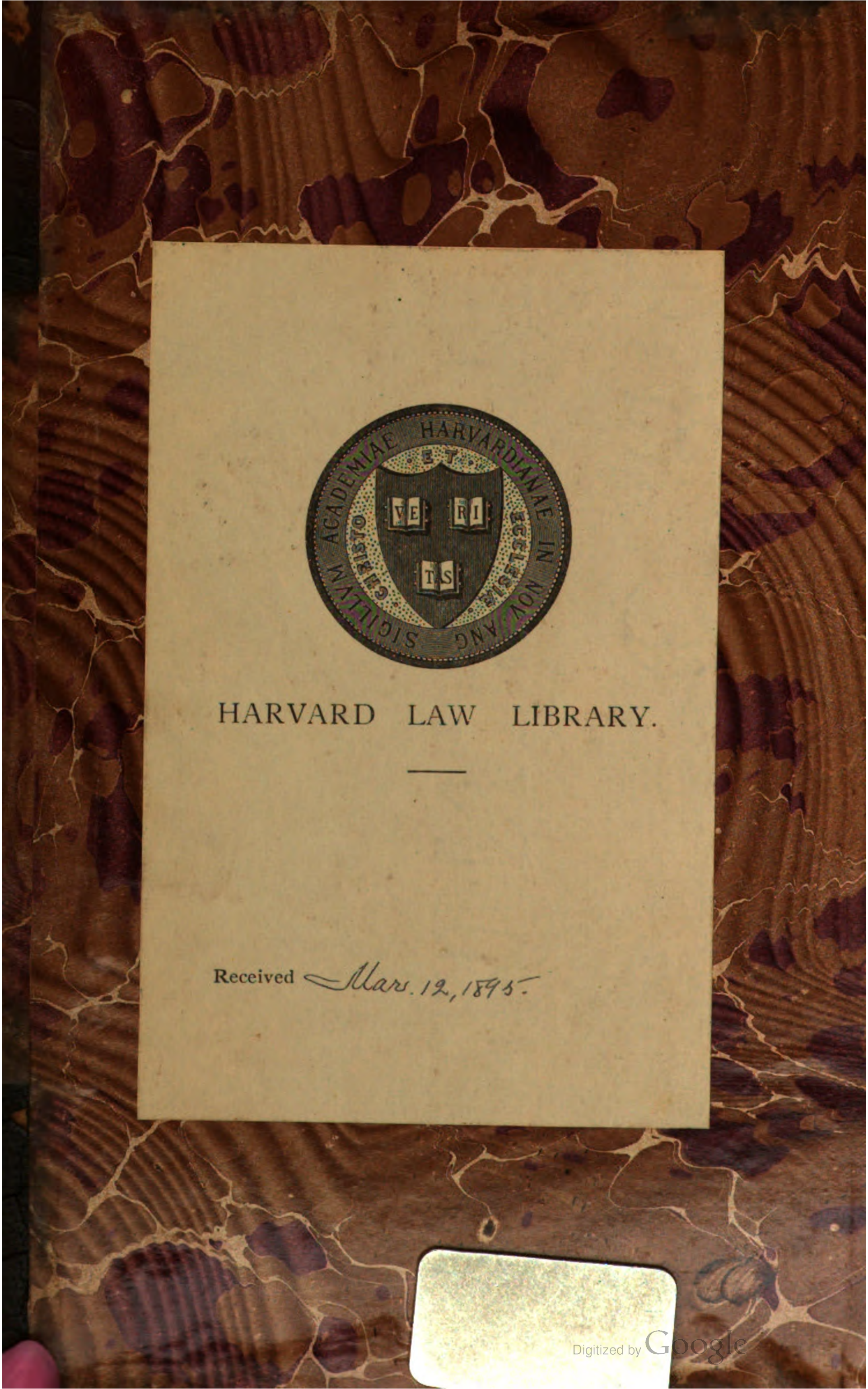



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
CHRISTO ECCLESIAE
VE RI
TAS



FRANCE

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIÆ

PAR MM.

C. AUBRY
Conseiller à la Cour de cassation,
Officier de la Légion d'honneur.

C. RAU
Conseiller à la Cour de cassation,
Chevalier de la Légion d'honneur.

QUATRIÈME ÉDITION
REVUE ET COMPLÉTÉE.

TOME CINQUIÈME.



PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
COSSE, MARCHAL ET BILLARD, IMPRIMEURS-ÉDITEURS
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
PLACE DAUPHINE, 27.
1872.



Strasbourg, imprimerie de J. H. Ed. Heitz.

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS.

SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER.

TROISIÈME DIVISION.

DES DROITS DE PUISSANCE ET DE FAMILLE (JUS POTESTATIS ET FAMILIÆ).

TITRE PREMIER.

Du mariage et de la puissance maritale.

CHAPITRE PREMIER.

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ SOUS LE RAPPORT DU LIEN PERSONNEL QU'IL CRÉE ENTRE LES ÉPOUX.

SOURCES. — Édit contre les mariages clandestins, de février 1556. Concile de Trente, session vingt-quatrième, *De sacramento matrimonii* (11 novembre 1563). Ordonnance de Blois, de mai 1579, art. 40 à 44 et 181. Déclaration sur les formalités des mariages, du 26 novembre 1639. Édit portant règlement pour les formalités de mariage, de mars 1697. Loi des 20-25 septembre 1792, sur le divorce. Loi des 20-25 septembre 1792, sur le mode de constater l'état civil des citoyens. *Code Napoléon*, art. 63 à 76, art. 144 à 311. Loi sur l'abolition du divorce, du 8 mai 1816. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du contrat de mariage et de la puissance maritale*, par Pothier. *Code matrimonial*, par Le Ridant, nouv. édition., revue par Camus; Paris 1770, 2 vol. in-4°. *Du mariage, dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de France*, par Agier; Paris an IX, 2 vol. in-8°. *Commentaire sur la loi du 26 ventôse an XI, concernant le mariage*, par Bernardi; Paris an XII, in-8°. *Lois du mariage et du divorce, depuis leur origine dans le Droit romain*, par Nougarède, 2° édit.; Paris 1816, in-8°. *Jurisprudence du mariage*, par le même; Paris 1817, in-8°.

Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage, sur le pouvoir d'apposer des empêchements dirimants, et sur le droit d'accorder des dispenses matrimoniales, par Tabaraud; Paris 1835, in-8°. *Traité du mariage, de la puissance maritale, et de la puissance paternelle*, par Vazeille; Paris 1826. 2 vol. in-8°. *Traité des empêchements de mariage*, par Pezani; Paris 1838, in-8°. *Traité des puissances maritale, paternelle, et tutélaire*, par Chardon; Paris, 3 vol. in-8°. *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles, et des successions irrégulières*, par Richefort; Paris 1843, 3 vol. in-8°. *Traité du mariage et de ses effets*, par Allemand; Paris 1847, 2 vol. in-8°. *Du consentement des époux au mariage*, par Glasson; Paris 1866, 1 vol. in-8°.

I. NOTIONS HISTORIQUES.

§ 449.

En France, comme dans la plupart des États d'origine germanique, les doctrines du catholicisme sur le mariage avaient été reconnues et consacrées par la puissance publique; et la législation de l'Église y était devenue celle de l'État. Toutefois, il avait été rendu par les rois de France différentes ordonnances, qui subordonnaient la validité du mariage à l'accomplissement de certaines conditions exigées par la loi civile [1], ou qui du moins privaient des effets civils les mariages contractés au mépris des dispositions de cette loi [2]. D'un autre côté, la juridiction des juges séculiers touchant les matières matrimoniales, n'était pas en France aussi restreinte que dans les autres États dont nous venons de parler [3].

La révolution de 1789 vint changer cet ordre de choses. Pour assurer l'indépendance de l'État vis-à-vis de l'Église, on établit une séparation complète entre la loi civile et la loi religieuse. La constitution des 3-14 septembre 1791 (tit. II, art. 7) proclama en principe que la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.

La loi des 20-25 septembre 1792, qui développa ce principe, porta les atteintes les plus graves à la dignité et à la sainteté du

1 Ainsi, par exemple, la validité du mariage des mineurs était subordonnée au consentement des pères et mères. Pothier, *Du contrat de mariage*, n°s 321 à 336. Cpr. aussi n°s 361 à 363.

2 Les mariages secrets, les mariages *in extremis*, et les mariages contractés par un mort civilement, quoique valablement contractés quant au lien, étaient privés des effets civils. Pothier, *op. cit.*, n°s 426 à 436.

3 Cpr. Pothier, *op. cit.*, n°s 452 à 455.

mariage, en admettant le divorce par consentement mutuel, et en reconnaissant à chacun des époux la faculté de demander, pour cause d'incompatibilité d'humeur, la dissolutiou du mariage, qui fut ainsi assimilé à un contrat ordinaire de société [4].

Tel était l'état de la législation lors de la discussion du Code Napoléon. Il était peu de matières aussi délicates à traiter que celle du mariage, surtout à raison des écarts dans lesquels était tombé le Droit intermédiaire. Toutefois, on fut bientôt d'accord sur les bases du travail.

On résolut de rester fidèle au principe posé par la constitution de 1791. Aussi, les dispositions du Code Napoléon sur le mariage font-elles entièrement abstraction des croyances religieuses. Il est sans doute permis aux époux de faire bénir leur union suivant les rites de leur religion [5]; mais la validité civile du mariage dépend uniquement de l'observation des règles prescrites par les lois de l'État, et les tribunaux séculiers sont seuls compétents pour statuer sur cette validité. La seule concession que l'on fit aux croyances catholiques, fut d'admettre la séparation de corps concurremment avec le divorce, que l'Eglise catholique repousse.

Cependant, tout en se rattachant au principe consacré par la constitution de 1791, on comprit la nécessité de restituer au mariage, le caractère moral dont le droit intermédiaire l'avait dépouillé. Ce fut dans cette vue que l'on reproduisit un grand nombre des dispositions de l'ancien Droit, sur les formalités de la célébration du mariage, sur les empêchements du mariage, et sur la puissance maritale.

Quant au divorce, on crut devoir, en le maintenant, rejeter les demandes en divorce fondées sur l'incompatibilité d'humeur. Mais, quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur la question de savoir

[4] Cpr. LL. des 8 nivôse an II, 4 floréal an II, 24 vendémiaire an III, 15 thermidor an III, et premier jour complémentaire de l'an V. Cette dernière loi apporta une première amélioration au système établi par les lois précédentes.

[5] La bénédiction nuptiale ne peut être donnée qu'après la célébration du mariage civil. L. du 18 germinal an X, art. 54. Code pénal, art. 199 et 200 Cpr., décret du 9 décembre 1810; décision ministérielle du 7 juin 1832, Sir., 32, 2, 137; Crim. rej., 29 décembre 1842, Sir., 43, 1, 73. — Les prêtres ne peuvent être contraints de bénir un mariage qui, bien que permis par la loi civile, ne le serait pas, d'après leur manière de voir, par la loi religieuse, sauf le recours au Conseil d'État dans le cas où le refus de bénédiction nuptiale constituerait un des cas d'appel comme d'abus, prévus par l'art. 6 de la loi du 18 germinal an X.

si, dans l'état de nos mœurs et dans l'intérêt de la société, il convenait ou non d'admettre le divorce, on est forcé de reconnaître que les rédacteurs du Code n'avaient pas resserré dans des limites assez étroites le droit de le demander, et que c'est à tort surtout qu'ils avaient admis le divorce par consentement mutuel.

Tant que dura le premier empire, les dispositions du Code Napoléon sur le mariage ne reçurent aucune modification essentielle.

Sous la Restauration, le désir de faire cesser le désaccord existant entre les lois civiles et les lois religieuses de l'Église catholique, fit rendre la loi du 8 mai 1816, qui prononça l'abolition du divorce [6]. Deux autres projets de loi, ayant pour objet de régler les effets de l'abolition du divorce et de donner une organisation nouvelle à la séparation de corps, avaient, dans le courant de la même année, été présentés à la chambre des pairs et adoptés par cette chambre. Mais la présentation de ces deux projets de lois à la chambre des députés n'y fut suivie d'aucune discussion, et depuis ils n'ont pas été reproduits [7].

Après la révolution de 1830, la proposition de rétablir le divorce, soumise à quatre reprises différentes à la chambre des députés, y fut chaque fois admise [8]; mais elle ne passa jamais à la chambre des pairs. En 1848, la même proposition fut reproduite sans succès à l'Assemblée constituante.

A l'exemple de la plupart des auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon depuis la loi du 8 mai 1816, nous passerons sous silence la théorie du divorce, en nous bornant à expliquer, dans celle de la séparation de corps, les règles qui sont communes à ces deux matières [9].

[6] Cette loi est ainsi conçue : Art. 1er. Le divorce est aboli. Art. 2. Toutes demandes et instances en divorce pour causes déterminées sont converties en demandes et instances en séparation de corps ; les jugements et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier civil, conformément aux art. 227, 264, 265 et 266 du Code civil, sont restreints aux effets de la séparation. Art. 3. Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés ; les jugements et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme non avenus, conformément à l'art. 294. Voy. dans l'ouvrage de Locré (*Lég.*, V, p. 424), les travaux préparatoires de cette loi.

[7] Cpr. Locré, *Lég.*, V, p. 493 et suiv.

[8] Cpr. *Moniteur* de 1831, p. 2390 et 2396 ; *Moniteur* de 1833, p. 813, 817 et 1482 ; *Moniteur* de 1834, p. 411.

[9] Zachariæ, écrivant pour un pays où le divorce est encore admis, a traité cette matière avec tous les développements qu'elle comporte.

II. DÉFINITION DU MARIAGE. — DES CONDITIONS ESSENTIELLES A SON EXISTENCE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 450.

Le mariage est, d'après le Droit philosophique, la société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître [1].

Une pareille société ne constitue un mariage, aux yeux du Droit positif, que lorsqu'elle réunit les conditions auxquelles ce Droit a subordonné son existence.

Le mariage, d'après le Droit français, est l'union de deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités. Une telle union constitue un mariage, lors même qu'elle n'aurait pas été formée dans la vue et avec la possibilité de procréer des enfants, ou qu'elle n'aurait été suivie d'aucune cohabitation [2].

Trois conditions sont, d'après le Droit français, essentielles à l'existence du mariage. Il faut :

1° que les parties contractantes jouissent l'une et l'autre de la vie civile, et qu'elles soient de sexe différent;

2° qu'elles se trouvent en état de donner un consentement moralement valable, et qu'elles consentent effectivement à se prendre pour mari et femme ;

3° que l'union soit solennellement célébrée.

[1] Cpr. avec cette définition du mariage, celles que donnent le jurisconsulte Modestin (L. 1, *D. de ritu nuptiarum*, 23, 2), Pothier (n° 3), et Portalis (*Exposé de motifs au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, IV, p. 479 à 481, n° 4). — D'après Zachariæ (§ 449, texte *in principio*), *jure naturali non datur matrimonium sine copula carnali*. C'est, à notre avis, confondre l'objet essentiel du mariage avec l'un des effets qui s'y trouvent attachés. Le mariage donne bien à chacun des époux un droit sur le corps de l'autre ; mais le commerce charnel n'est pas nécessaire pour la perfection du mariage. Cpr. aussi : *Dissertation historique et philosophique sur la nature du mariage*, par Wolowski. *Revue de législation*, 1852, I, p. 5 et 321, II, p. 5.

[2] Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418.

L'une ou l'autre de ces conditions venant à défaillir, le mariage est à considérer comme non avenu, indépendamment de tout jugement qui le déclare tel [3].

Si, au contraire, toutes ces conditions concourent, le mariage doit être considéré comme existant, et ne peut être détruit que par un jugement qui en prononce l'annulation pour l'une des causes déterminées par la loi.

La distinction que nous avons toujours cherché à maintenir entre les conditions essentielles à l'existence d'un acte juridique et les conditions simplement nécessaires à sa validité [4], présente, non-seulement pour la théorie, mais encore au point de vue pratique, une importance toute particulière dans la matière qui nous occupe [5],

[3] La non-existence d'un acte juridique est indépendante de toute déclaration judiciaire. Cpr. § 37, texte et note 5. Si une société semblait réunir toutes les conditions nécessaires à l'existence d'un mariage, il faudrait à la vérité recourir à l'intervention de la justice pour faire déclarer qu'en réalité cette union ne constitue pas un mariage. Mais on conçoit fort bien l'immense différence qu'il y a entre la demande intentée à cet effet, dans le but unique de faire statuer en fait que le prétendu mariage se trouve réellement dépourvu de telle ou telle condition sans laquelle il ne saurait exister, et une demande en nullité de mariage, qui a tout à la fois pour objet de faire déclarer en fait que le mariage se trouve entaché de tel ou tel vice, de faire juger en droit que ce vice est de nature à entraîner la nullité du mariage, et de faire enfin prononcer cette nullité qui ne peut résulter que de la déclaration du juge. Zachariæ, § 449, note 3.

[4] Cpr. surtout §§ 37 et 343.

[5] La distinction entre la non-existence et la nullité du mariage est écrite dans le Code Napoléon : la combinaison des art. 146 et 180 la fait ressortir d'une manière non équivoque. Cette distinction a été proclamée, au sein du Conseil d'État, par le premier consul (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 324, n° 15; p. 326 et 327, n° 17; p. 371, n° 5; p. 437 à 439, n°s 8 à 11), qui, plus d'une fois, dans le cours de la discussion du titre *Du mariage*, donna des preuves d'une sagacité remarquable. Les premiers commentateurs du Code paraissent cependant avoir confondu le mariage non existant et le mariage simplement annulable. Du moins leur théorie est tellement vague, qu'on ne saurait reconnaître s'ils ont voulu admettre ou rejeter la distinction que nous avons cru devoir proposer. Peut-être n'en ont-ils pas compris l'importance; peut-être aussi ont-ils été arrêtés par la difficulté de déterminer, d'une manière bien tranchée, les conditions essentielles à l'existence du mariage, et qu'ils ont trouvé plus simple d'esquiver cette difficulté que de la résoudre. La théorie que nous avons établie à ce sujet, d'après Zachariæ (§ 449), a été depuis adoptée en principe, et sauf quelques dissidences sur des points de détail, par Marcadé *(Obs. prélim. sur le chap. IV du titre du mariage)*, et par M. Demolombe (III, 239 à 242).

à raison du principe que le juge ne peut, en fait de mariage, admettre que des nullités littérales, et que le droit de proposer une nullité de mariage, n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi ouvre une action à cet effet[6].

B. SPÉCIALITÉS.

§ 451.

1. *Des qualités essentielles des parties, en fait de mariage.*

1° Les parties contractantes doivent l'une et l'autre jouir de la vie civile. Le mariage contracté par un mort civilement est donc à considérer comme non avenu[1]. Art. 25, al. 7.

Cette proposition, qui conserve toute sa force en ce qui concerne les mariages contractés, soit sous l'empire des lois révolutionnaires, par des émigrés, soit avant la loi du 31 mai 1854, par des individus condamnés à des peines emportant mort civile, devrait également recevoir son application, quant aux mariages que contracteraient encore aujourd'hui des étrangers privés de la vie civile par suite de profession religieuse[2].

[6] Cpr. § 458, notes 2 à 4.

[1] Il existait, dans le projet du Code, un article qui donnait exclusivement à l'autre époux, le droit de faire valoir la nullité résultant de ce qu'un mariage aurait été contracté par un mort civilement. Mais, dans la discussion au Conseil d'État, le premier consul fit observer qu'il était inconséquent de supposer l'existence d'un pareil mariage, qu'il valait donc mieux ne pas en parler; et cette observation motiva le retranchement de l'article. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 355, art. 6; p. 369 et suiv., nos 2 à 5. Ce retranchement et la discussion à la suite de laquelle il a été opéré justifient complétement notre manière de voir, qui est également conforme au texte de l'art. 25, al. 7. Un mariage privé de tous les effets civils par une législation qui ne considère le mariage que comme un contrat civil, est nécessairement un mariage qui n'existe pas aux yeux de cette législation. Zachariæ, § 451, texte et note 5. Telle paraît être aussi l'opinion de Toullier (I, 650); et cette opinion a, depuis nos premières éditions, été admise par M. Demolombe (III, 242). Voy. aussi dans ce sens : Civ. cass., 16 mai 1808, Sir., 8, 1, 297. Les autres auteurs (cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3; Duranton, II, 132; Vazeille, I, 84 à 86, 229 à 232) ne regardent le mariage contracté par un mort civilement que comme frappé de nullité. Cpr. § 451 *bis*, note 3, sur les dangers de cette doctrine.

[2] Cpr. § 31, texte et note 27; § 80, texte et note 14.

2° Les parties contractantes doivent être de sexe différent. L'union qui serait célébrée par fraude entre deux personnes du même sexe, ne constituerait pas un mariage[3].

Mais l'impuissance, résultant soit de la faiblesse des parties sexuelles, soit de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ces organes, ne s'oppose pas à l'existence du mariage, pourvu que le sexe soit reconnaissable, et qu'il soit différent chez l'un et chez l'autre des contractants[4].

La non-existence d'un mariage résultant de l'incapacité des parties contractantés peut être proposée en tout temps, et par toute personne intéressée[5]. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté par un mort civilement, peut encore être proposée après la cessation de la mort civile[6]; et ce, quand même le mort civilement aurait, après avoir été réintégré dans ses droits, continué de cohabiter avec la personne à laquelle il a été uni[7].

[3] Zachariæ, § 451, texte et note 3. Glasson, n° 133. Cpr. *Rép.*, v° Hermaphrodite; et le jugement interlocutoire rendu par le tribunal de la Seine, dans l'affaire Lelasseur contre Beaumont (*Gazette des Tribunaux*, du 19 avril 1834).

[4] Voy. en ce sens, le jugement définitif rendu dans l'affaire citée à la note précédente (*Gazette des Tribunaux*, du 10 décembre 1834). — Partant de l'idée qu'un impuissant n'a pas de sexe, Zachariæ (§ 451, texte, notes 6 et 7) considère comme non avenu, le mariage contracté par une personne frappée d'impuissance à raison de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ses parties sexuelles. Mais la supposition de cet auteur est évidemment inexacte, toutes les fois que le sexe est reconnaissable. Dès lors nous ne pouvons admettre avec lui, que l'impuissance s'oppose à l'existence du mariage. — Ne forme-t-elle pas, du moins, un empêchement dirimant de mariage? Cpr. sur cette question : § 464, texte n° 6.

[5] Cpr. § 37, texte et note 5; § 450, note 3. Zachariæ, § 451, texte et note 9.

[6] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3. Civ. cass., 16 mai 1808, Sir., 8, 1, 297. Cpr. Paris, 14 juin 1828, Sir., 28, 2, 334. Voy. cep. en sens contraire : *Consultation de plusieurs anciens avocats de Rennes, sur la validité des mariages contractés par des émigrés français avant leur retour*, publiée par Toullier, Paris 1817, br. in-8°; Vazeille, I, 237. D'après la consultation précitée, il faudrait, en distinguant dans le mariage le lien naturel et les effets civils, admettre que l'union contractée par un mort civilement existe quant au lien, et devient dès lors civilement efficace par l'effet immédiat de sa réintégration dans la vie civile. Cette théorie, qui pouvait très-bien se justifier sous l'empire de notre ancien Droit (cpr. § 449, note 2), n'est plus compatible avec les principes consacrés par le Code Napoléon. Cpr. texte et note 1 *supra*.

[7] Merlin avait, dans ses conclusions sur l'affaire Griffon (*Rép., v° et loc. citt.*), émis transitoirement l'opinion que la cohabitation postérieure à la cessation de

§ 451 *bis*.

2. *Du consentement des parties contractantes. — De la forme dans laquelle il doit être donné.*

1° Il est essentiel à l'existence du mariage que les contractants, c'est-à-dire les parties dénommées dans l'acte de célébration, aient respectivement consenti à se prendre pour mari et femme. Art. 146. De là découlent les conséquences suivantes :

a. Lorsqu'un acte de célébration constate que deux personnes ont consenti à se prendre pour époux, et que, dans la réalité, l'une d'elles n'a pas consenti au mariage, soit que, par suite d'une substitution de personnes, elle n'ait pas comparu devant l'officier de l'état civil, soit que, lors de sa comparution devant cet officier, elle n'ait pas voulu donner son consentement, ou, qu'à raison d'une infirmité physique, elle ait été dans l'impossibilité de déclarer sa volonté [1], les parties dénommées dans l'acte

la mort civile devait rendre désormais non recevable toute attaque dirigée contre le mariage par l'un ou l'autre des époux. Depuis, il a persisté dans cette opinion, qui a été consacrée par la Cour de cassation (Req. rej., 19 juin 1811, Sir., 11, 1, 220). Mais en adoptant cette manière de voir, qu'il ne fonde que sur l'art. 196, évidemment étranger aux nullités intrinsèques dont le mariage peut être entaché, Merlin nous paraît s'être mis en contradiction avec lui-même. Cpr. *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 1, quest. 5 sur l'art. 184. Nous ajouterons qu'il ne semble pas possible d'opposer la fin de non-recevoir résultant de la cohabitation à des personnes autres que les époux ; et nous demanderons quelle serait, dans le système que nous combattons, la position des enfants nés durant la mort civile, en présence d'enfants qui n'auraient été conçus que depuis sa cessation? Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, III, 242.

[1] Tel serait un sourd-muet de naissance qui ne saurait manifester son consentement, ni par écrit, ni par signes. Il existait dans le projet du Code une disposition qui déclarait les sourds-muets de naissance incapables de contracter mariage, à moins qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur volonté. Cette disposition fut retranchée comme inutile en présence de l'art. 146, et comme établissant en règle générale ce qui ne devait être qu'une exception, puisque la plupart des sourds-muets savent aujourd'hui manifester leur volonté. On convint de la remplacer par une autre disposition qui expliquerait la manière dont les sourds-muets devraient exprimer leur consentement. Mais il n'en a été rien fait ; et dès lors on doit admettre, comme suffisante de la part d'un sourd-muet, une manifestation de volonté exprimée par un moyen de communication quelconque. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3; p. 319, n° 12.

de célébration sont, de plein droit, à considérer comme n'étant pas mariées [2].

b. Lorsque l'une ou l'autre des parties était, à l'époque de la célébration, en état de fureur, de démence, ou d'imbécillité, le mariage doit être regardé comme non avenu, quand même la partie qui se trouvait, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de manifester un véritable consentement, n'aurait point encore été interdite [3]. Toutefois, comme l'état de démence présente une infinité de degrés, et qu'un homme d'ailleurs incapable de gérer ses affaires peut, malgré la faiblesse de ses facultés intellectuelles, être en état de comprendre la nature et le but du mariage, les tribunaux jouissent de la plus grande latitude pour apprécier si de fait le consentement a été donné ou n'a pas été donné.

Quant au mariage contracté, pendant un intervalle lucide, par une personne habituellement atteinte de fureur ou de démence, il

Merlin, *Rép.*, v° Sourd-Muet, n° 2. Toullier, I, 503. Duranton, 49. Vazeille, I, n°s 91 et 32. Duranton, II, 39. Allemand, I, 197 et suiv. Marcadé, sur l'art. 146, n° 1. Demolombe, III, 24. Glasson, n° 88. Zachariæ, § 451, texte et note 4. Paris, 3 août 1355, Sir., 57, 2, 443. Cpr. Alger, 31 avril 1853, Sir., 54, 2, 444.

[2] Il est évident qu'il ne saurait dans ce cas être question d'une action en nullité, et que l'on doit procéder, par voie d'inscription de faux, contre l'acte de célébration. Le faux une fois reconnu, la non-existence du mariage en sera la conséquence nécessaire. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 437 à 439, n°s 9 à 11). Duranton, II, 264. Glasson, n° 140. Zachariæ, § 451, texte et note 1.

[3] Le projet du Code contenait une disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence ou de fureur, incapable de contracter mariage. Cette disposition fut retranchée sur la demande du consul Cambacérès, qui en fit remarquer l'inutilité, en présence de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3, p. 322, n° 12, *in fine*. Or, cette règle générale ne peut être que celle qui se trouve consignée dans l'art. 146, portant qu'il n'y a pas de mariage sans consentement. Il a donc été reconnu au Conseil d'Etat, que l'art. 146 comprend implicitement le cas où l'un des contractants est, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de consentir au mariage. Et comme cette impossibilité est d'ailleurs le résultat d'un fait qui peut exister indépendamment de tout jugement antérieur d'interdiction, la proposition énoncée au texte se trouve justifiée dans toutes ses parties. Voy. en ce sens : Marcadé, *Observations préliminaires sur le chap. IV du titre du mariage*, n° 2, *in fine;* Demolombe, III, 129 et 242; Valette, sur Proudhon, 1, p. 391, note *a;* Zachariæ, § 451, texte et note 2. Contrairement à cette opinion, les premiers commentateurs du Code considéraient en pareil cas le mariage comme

doit être regardé comme existant, quand même cette personne aurait été antérieurement interdite [4].

étant simplement frappé de nullité. Cpr. Proudhon, I, p. 391 ; Delvincourt, I, p. 143 ; Toullier, I, 501 et 502 ; Duranton, II, 27 et 29 à 35 ; Vazeille, I, 88 à 90, 239 et 240 ; Magnin, *Des minorités*, I, 158 à 160. Le vice et le danger de leur doctrine ont été clairement révélés dans une espèce jugée par la Cour de Paris, le 18 mai 1818 (Sir., 19, 2, 182), et par la Cour de cassation, le 9 janvier 1821 (Sir., 21, 1, 157). La Cour de Paris avait annulé le mariage d'un sieur Martin, sur la demande de ses héritiers collatéraux, qui invoquaient, entre autres causes de nullité, l'état de démence de leur auteur. Cet arrêt fut cassé pour avoir admis des héritiers collatéraux à proposer un moyen de nullité que, dans la supposition où il eût été fondé, aucune loi ne les autorisait à faire valoir. La Cour de cassation, dont l'arrêt a été combattu par M. Vazeille (*loc. cit.*), et défendu par Merlin (*Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 180), a depuis persisté dans sa jurisprudence (Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246), qui a été adoptée par la Cour de Colmar (27 février 1852, Sir., 52, 2, 488). Cette jurisprudence part du principe, en lui-même incontéstable, qu'une nullité de mariage ne peut être proposée que par les personnes au profit desquelles la loi ouvre une action à cet effet. Mais si ce principe était applicable au mariage contracté en état de démence par une personne non interdite, il faudrait en conclure qu'un pareil mariage ne pourrait être attaqué par qui que ce soit. C'est en vain que pour se soustraire à cette conclusion, qu'il déclare inadmissible, Merlin applique à l'hypothèse dont il s'agit les dispositions de l'art. 180, et enseigne que, d'après cet article, la nullité du mariage contracté en état de démence par une personne non interdite, pourra être proposée, soit par cette personne elle-même, lorsqu'elle aura recouvré l'usage de sa raison (*Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6, sur l'art. 184), soit par son tuteur, après que son interdiction aura été prononcée (*Quest.*, v° Mariage, § 12). Car c'est évidemment en forçant le sens et la lettre de l'art. 180, que cet auteur l'étend à une hypothèse dont il ne s'occupe nullement. Le seul moyen d'échapper à l'absurde conclusion que nous avons signalée, est de considérer, non comme étant simplement frappé de nullité, mais comme non existant, le mariage contracté en état de fureur, de démence, ou d'imbécillité.

4 Le Tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 451, n° 2) avait demandé le rétablissement de la disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence incapable de contracter mariage (cpr. note précédente), en faisant observer que cette disposition était nécessaire, même en présence de l'art. 146, pour le cas où l'interdit se trouverait avoir des intervalles lucides. Mais la demande du Tribunat ne fut pas accueillie, et le rejet de sa proposition vient à l'appui de la doctrine émise au texte. Voy. en ce sens : Demolombe, III, n° 127, p. 180 et 181 ; Glasson, n° 90. — Marcadé (*loc. cit.*, n° 2) prétend, au contraire, que le mariage contracté par un interdit, quoique dans un intervalle lucide, rentre sous l'application de l'art. 146 et doit être réputé non existant, faute de consentement *civilement* valable. Mais la question de l'existence du consentement comme simple fait moral, est

L'erreur de l'un des conjoints sur la personne physique de l'autre, quoique de nature à entraîner la nullité du mariage, ne suffit pas non plus pour le faire déclarer non existant[5].

2° Les contractants doivent exprimer leur consentement au mariage en présence de l'officier de l'état civil, au moment où il va procéder à leur union. Tout consentement donné en l'absence de cet officier, ou dans un autre moment que celui de la célébration, serait insuffisant pour la formation du lien conjugal. Art. 75.

Le consentement ne peut être soumis à aucune condition, ni

complétement distincte de la question de capacité légale. Aussi l'art. 1108 sépare-t-il nettement, dans la formation des conventions, la condition du consentement des parties contractantes, et celle de leur capacité. Les explications données par Cambacérès dans la discussion à la suite de laquelle a été supprimé l'article qui déclarait les interdits, les sourds-muets, et les morts civilement incapables de contracter mariage, explications sur lesquelles Marcadé fonde son opinion, sont loin d'être assez précises et assez complètes pour permettre de supposer que le législateur soit tombé dans une confusion qui fait violence à la nature des choses. — *Quid* de la validité du mariage contracté par l'interdit dans un intervalle lucide? Cpr. § 464, texte n° 1.

[5] Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, n°s 1 à 3; Demolombe, III, 246; Glasson n°s 141 et 142. Ces auteurs pourraient avoir raison au point de vue purement philosophique : *Non videntur, qui errant, consentire*. Cpr. § 343 *bis*, texte et note 1. Mais leur opinion ne saurait se concilier avec le système établi par les rédacteurs du Code, soit en ce qui concerne les contrats en général, soit par rapport au mariage en particulier. Il résulte de l'ensemble de la discussion au Conseil d'Etat, et surtout de la suppression du second alinéa de l'art. 146 qui portait : «Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence ou *erreur sur la personne*,» qu'on n'a entendu accorder pour l'erreur dans la personne, de quelque nature que pût être cette erreur, qu'une simple action en nullité, limitée dans sa durée, et restreinte, quant à son exercice, à certaines personnes. On ne peut qu'approuver le parti auquel les rédacteurs du Code se sont arrêtés. Il serait contraire à l'intérêt des familles et à la morale publique que, sous prétexte d'erreur sur la personne physique, l'existence d'un mariage pût être contestée à toute époque, malgré une cohabitation continuée pendant plusieurs années, et ce, par toute personne intéressée, y compris même l'époux qui aurait trompé son conjoint. Que l'on ne dise pas que les tribunaux pourraient, en pareil cas, écarter l'action dirigée contre le mariage, en déclarant qu'il a existé. Comment, en effet, déclareraient-ils l'existence du mariage, si de fait, comme il faut le supposer, l'erreur de l'un des époux sur la personne de l'autre, au moment de la célébration du mariage, se trouvant invinciblement établie, il devait être tenu pour non avenu? Cette déclaration serait inadmissible dans le système que nous repoussons.

accompagné d'une réserve quelconque. On doit en conclure que, quand même il serait établi en fait que la femme n'a donné son consentement que sous la foi de la promesse du mari de faire bénir leur union par l'église, l'inexécution de cette promesse n'autoriserait pas la femme à prétendre que le mariage est à considérer comme non avenu pour défaut de consentement définitif de sa part[6].

En règle générale, le consentement des contractants doit être manifesté de vive voix[7]. Art. 75. Cependant une déclaration verbale n'est pas absolument indispensable; et le mariage n'en devrait pas moins être regardé comme existant, si le consentement, non exprimé de vive voix, avait été manifesté par des moyens non équivoques, qui ne laissassent aucun doute sur l'adhésion des parties au mariage[8].

La non-existence du mariage peut, dans les différentes hypothèses ci-dessus indiquées, être invoquée en tout temps, et par toute personne intéressée[9]. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté en état de fureur, de démence, ou d'imbécillité, peut être proposée, soit par l'époux sain d'esprit, soit par celui qui ne l'était pas, ou, après son décès, par ses héritiers[10].

[6] Thieriet, *Revue de législation*, 1846, III, p. 161. Glasson, n° 114. Montpellier, 4 juin 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. en sens contraire : Bressolles, *Revue de législation*, 1846, II, p. 149. — Un pareil mariage pourrait-il être annulé pour cause d'erreur? Voy. dans le sens de la négative : § 462, texte n° 1, et note 10. — Le refus du mari pourrait-il du moins donner ouverture à une demande en séparation de corps? Voy. pour l'affirmative : § 491, texte n° 1, et note 16.

[7] Cpr. L. des 20-25 septembre 1792, sect. IV, art. 5; Crim. cass., 22 avril 1833, Sir., 33, 1. 645.

[8] C'est ce qui résulte de la discussion au Conseil d'Etat, lors de laquelle on reconnut la capacité de se marier, aux sourds-muets qui pourraient manifester leur consentement d'une manière quelconque. Cpr. note 1 *supra*.

[9] Marcadé, *Obs. prél. sur le chap. IV du titre du mariage*. Demolombe, III, 242. Glasson, n° 143.

[10] Le contraire a été jugé, le 26 mars 1824 (Sir., 24, 2, 223), par la cour de Toulouse, qui a cru devoir appliquer à l'hypothèse indiquée au texte, les dispositions de l'art. 504. Mais, à notre avis, cette cour n'a pu statuer ainsi qu'en violant la maxime *Specialia generalibus derogant*. On s'exposerait aux plus graves erreurs, si on voulait étendre à la matière du mariage, des dispositions générales, lors de la rédaction desquelles le législateur n'avait aucunement en vue cette matière, qui devait être régie par des règles toutes spéciales. La proposition énoncée au texte est également en opposition avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Cpr. note 3 *supra*.

Ce n'est cependant qu'avec une grande réserve que les tribunaux doivent déclarer non avenu un mariage attaqué pour un pareil motif, lorsque la demande est formée, soit par l'époux sain d'esprit qui ne prouverait pas qu'il a ignoré l'état mental de son futur conjoint, soit par des collatéraux qui n'auraient pas provoqué l'interdiction de l'époux qu'ils prétendraient s'être marié en état de démence, et, surtout, lorsqu'elle est intentée par l'époux qui, après avoir complétement recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, aurait continué de cohabiter avec la personne à laquelle il soutiendrait s'être uni à une époque où il n'était pas sain d'esprit.

§ 452.

3. *De la célébration du mariage.*

Indépendamment des solennités relatives à la manifestation du consentement des contractants, le mariage exige, comme condition essentielle à son existence, que l'union des parties ait été prononcée, au nom de la loi, par un officier de l'état civil [1]. Arg. art. 75 et 76 cbn. 194. La société contractée entre deux personnas de sexe différent, ne constitue pas un mariage, lorsque leur union légale n'a pas été prononcée, ou lorsqu'elle l'a été, soit par un simple particulier, soit par un fonctionnaire public non revêtu du caractère d'officier de l'état civil [2]. Ainsi, l'union célébrée devant un prêtre n'est point un mariage aux yeux de la loi civile [3].

Mais les autres solennités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage, ne sont pas essentielles à l'existence de cet acte juridique. Ainsi, la clandestinité de l'union et l'incompé-

[1] Telle est, en effet, la solennité constitutive du mariage, et sans laquelle il ne saurait exister, suivant la maxime *Forma dat esse rei*. Cpr. § 37, texte et note 4. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6. Civ. cass., 22 avril 1833, Sir., 33, 1, 645.

[2] Marcadé, *Obs. prél. sur le chap. IV du titre du mariage*, n° 2. Demolombe, III, 205 et 242. Zachariæ, § 454, texte, notes 1 et 4. Lyon, 4 avril 1867, Sir., 67, 2, 290. Cpr. Vazeille, I, 252; Valette, sur Proudhon, I, p. 410 et 411; Civ. rej., 2 décembre 1807, Sir., 8, 1, 140; Civ. cass., 10 août 1819, Sir., 19, 1, 452.

[3] Marcadé et Demolombe, *locc. citt.* Bourges, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 174. Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. — Cpr. cep. sur les mariages célébrés en Corse de 1793 à 1796 : Bastia, 2 février 1857, Sir., 57, 2, 129.

tence de l'officier de l'état civil qui y a procédé ne s'opposent point à l'existence du mariage, et ne donnent ouverture qu'à une action en nullité, dont l'appréciation est même, dans une certaine mesure, abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux[4]. Art. 191 cbn. 193.

La non-existence du mariage peut, dans les cas ci-dessus indiqués, être invoquée en tout temps et par toute personne intéressée[5], sans que la possession d'état la plus longue produise une fin de non-recevoir contre l'action ou l'exception au moyen de laquelle elle est proposée[6].

§ 452 *bis*.

Appendice au paragraphe précédent. — De la preuve de la célébration du mariage.

L'observation des solennités requises pour l'existence du mariage doit être constatée au moyen d'un acte instrumentaire de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil. A défaut de la rédaction d'un pareil acte, ou de son inscription sur les registres, la loi présume qu'il n'existe pas de mariage. Cette présomption est, en général, absolue; elle ne peut, si ce n'est dans les cas exceptionnels ci-après indiqués, être combattue par aucune preuve contraire[1], lorsqu'il s'agit des effets civils du mariage[2]. Art. 194 cbn. 1352, al. 2.

[4] Cpr. § 467. — C'est à tort que Zachariæ (§ 454 texte, notes 2 et 5) range l'incompétence de l'offficier de l'état civil et la clandestinité de l'union, au nombre des causes qui forment obstacle à l'existence même du mariage. Cet auteur a évidemment exagéré, sous ce rapport, les conséquences de la règle *Forma dat esse rei*. En tout cas, sa manière de voir est incompatible avec l'art. 191.

[5] Voy. § 37, texte et note 5.

[6] Arg. *a contrario*, art. 196. Marcadé, *loc. cit.*, n° 1. Demolombe, III, 241.

[1] La partie qui réclame les effets civils d'un mariage, ne serait pas admise à déférer, sur l'existence de ce prétendu mariage, le serment litis-décisoire à la partie qui le nie. *Nec obstat* art. 1358 : Cpr. art. 6. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n° 53). Locré, II, 292. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 3; et v° Serment, § 2, art. 2, n° 6. — La célébration du mariage ne pourrait pas non plus, même avec un commencement de preuve par écrit, s'établir par témoins. L'opinion contraire de Demante, *Cours*, I, 227 *bis*, I, est en opposition manifeste avec l'art. 194.

[2] La disposition de l'art. 194 est, d'après les termes mêmes de cet article, étrangère au cas où la réclamation n'a pas pour objet un des effets civils du ma-

La possession d'état d'époux légitimes, dont jouiraient ou dont auraient joui deux individus qui vivraient ou qui auraient vécu publiquement comme mari et femme, ne pourrait pas suppléer à la production d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil[3]. Art. 195. Il en est ainsi, quelles que soient d'ailleurs les personnes engagées dans la contestation. La possession d'état ne peut donc être invoquée, ni par les prétendus époux l'un contre l'autre[4], ni par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé[5], ou réciproquement[6], ni enfin par les enfants issus du prétendu mariage contre les personnes intéressées à contester leur

riage, par exemple, à l'hypothèse où l'on ne veut établir l'existence du mariage, que pour prouver en fait l'événement d'une condition, dont l'accomplissement doit entraîner l'ouverture ou l'extinction d'un droit établi par convention ou disposition de dernière volonté. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n°s 3 et 14; Demolombe, III, 390.

3 A partir de l'ordonnance de Blois, de mai 1579 (art. 40 et 44), les mariages présumés n'ont plus été admis en France, c'est-à-dire que depuis lors, la possession d'état d'époux légitimes a cessé d'engendrer une présomption de célébration de mariage. A plus forte raison, cette possession d'état ne peut-elle pas aujourd'hui détruire la présomption contraire qui, d'après l'art. 194, résulte de la non-représentation d'un acte de célébration. Cpr. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *op. et loc. citt.*); Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 8; Zachariæ, § 456, texte et note 3.

4 Le législateur a cru devoir formellement sanctionner cette conséquence du principe posé par l'art. 194, pour indiquer que ce principe ne fléchit pas même en faveur de celui qui est, à l'égard de son époux prétendu, en possession publique de l'état de mari ou de femme. Tel est le but de l'art. 195, qui ne doit pas être interprété d'une manière restrictive. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 7. Cpr. la note suivante.

5 *Nec obstat* art. 195. Vainement dirait-on que cet article, qui déclare la possession d'état insuffisante, lorsqu'elle est invoquée par l'un des prétendus époux contre l'autre, la reconnaît implicitement comme suffisante, lorsqu'elle est invoquée par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé. Cet argument *a contrario* est sans valeur, en présence de la règle générale posée par l'art. 194, et de l'exception consacrée par l'art. 197, exception entièrement exclusive de celle qu'on voudrait faire résulter de l'art. 195. Notre interprétation est d'ailleurs conforme aux explications données, lors de la discussion au Conseil d'Etat, par Tronchet, et dans l'*Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 420, n° 20; p. 516 et 517, n° 55). Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 9.

6 Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 13. Bruxelles, 7 juin 1806, Sir., 6, 2, 350.

légitimité[7]. Il en serait ainsi, quand même la partie qui nierait l'existence du mariage, aurait antérieurement reconnu à la partie adverse, l'état qu'elle lui conteste actuellement[8].

Il résulte de ce qui précède, qu'à défaut de la production d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, chaque personne intéressée peut, en tout temps, contester aux prétendus époux et aux enfants issus de leur commerce, la qualité d'époux et d'enfants légitimes[9]. Art. 194 et 195.

La question de savoir si les irrégularités dont un acte de célébration peut se trouver entaché, sont ou non de nature à en entraîner la nullité comme acte instrumentaire, ou, en d'autres termes, à lui enlever toute force probante, doit se décider d'après les règles exposées au § 65. Mais, en tout cas, et quelles que soient ces irrégularités[10], les époux sont respectivement non recevables à s'en prévaloir, lorsqu'ils ont la possession d'état, et que l'acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil[11], est representé[12]. Art. 196[13].

7 Demolombe, III, 388. Sauf à ces enfants à se prévaloir de l'exception introduite en leur faveur par l'art. 197, lorsqu'ils se trouvent dans les conditions exigées par cet article. *Sed exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*. Cpr. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, et v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 2 sur l'art. 197; Paris, 20 mai 1808, Sir., 8, 2, 204; Bourges, 15 mars 1830, Sir., 30, 2, 174.

8 *Nec obstat* art. 1338 : En confirmant un acte vicieux, mais existant, on répare les vices dont il se trouvait entaché, et on s'interdit ainsi la faculté de le critiquer à l'avenir; mais on ne peut, en reconnaissant un mariage qui n'existe pas, s'enlever le droit d'en contester l'existence. L'aveu ne saurait équivaloir à la preuve légale d'un mariage. Arg. art. 194. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n°s 11 et 12. Cpr. Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 322. Voy. cep. Montpellier, 2 mars 1832, Sir., 32, 2, 610.

9 Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 14; Req. rej., 21 juin 1817, Sir., 19, 1, 438.

10 Cpr. Req. rej., 26 juillet 1865, Sir., 65, 1, 393.

11 Un acte inscrit sur une simple feuille volante serait insuffisant. Cpr. § 64, texte et note 15. Duranton, II, 251. Marcadé, sur l'art. 196, n° 3. Demolombe, III, 329. Zachariæ, § 456, note 7. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 598; Vazeille, I, 202; Demante, *Cours*, I, 278 *bis*, IV.

12 Delvincourt, 1, p. 139. Duranton, II, 250 et 252. Marcadé, sur l'art. 196, n° 1. Taulier, I, p. 323 et 324.

13 Voy. sur cet article : *Dissertation*, par Gérardin, *Revue pratique*, 1866, XXI, p. 257. — La fin de non-recevoir établie par l'art. 196 s'applique-t-elle également à l'action en nullité dirigée, pour vices de forme, contre la célébration elle-même? Voy. § 467, texte n° 3, et notes 26 à 30.

Le principe posé par les art. 194 et 195 est soumis aux exceptions suivantes :

1° Dans les cas, explicitement ou implicitement, prévus par l'art. 46 du Code Napoléon[14], la présomption ci-dessus établie cesse d'être absolue; et toute personne intéressée est admise à faire, tant par écrit que par témoins, la preuve de la célébration du mariage[15]. Art. 194.

Mais, dans ces cas mêmes, la possession d'état la plus longue ne dispenserait pas la personne qui réclame les effets civils du mariage, de prouver le fait de la célébration[16].

D'un autre côté, la simple allégation que l'acte de célébration n'a point été inscrit sur les registres, dont cependant la tenue et la conservation seraient régulière et complète, ne suffirait pas pour autoriser la preuve par titres et par témoins, de cette omission et du fait de la célébration[17].

2° Les enfants issus du commerce de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont l'un et l'autre décédés, ne sont pas obligés, pour établir leur légitimité, de

[14] Cpr. sur les cas qui peuvent être envisagés comme rentrant implicitement sous la disposition de l'art. 46 : § 64, texte, notes 7 à 13; Marcadé, sur l'art. 46, n°s 1, 2 et 3; Vazeille, I, 200.

[15] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 9. Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 322. — Est-il absolument nécessaire, pour établir le fait de la célébration, que les témoins, appelés à en déposer, déclarent avoir entendu l'officier de l'état civil prononcer la formule *au nom de la loi, je vous déclare unis par le mariage?* Cpr. sur cette question : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6, p. 634.

[16] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n°s 8, 9, 10 et 13. Zachariæ, § 456, note 9, *in fine*.

[17] Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 4. Toullier, I, 599. Duranton, I, 297. Valette, sur Proudhon, I, p. 211 et 212, note *a*, *in fine*. Demolombe, I, 324. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 329. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 201; Coin-Delisle, sur l'art. 46, n° 18; Richelot, I, 215; Req. rej., 22 août 1831, Sir., 31, 1, 361; Limoges, 26 juillet 1832, Dalloz, 1832, 2, 182. On cite encore dans le même sens les arrêts suivants : Toulouse, 20 mai 1817, Sir., 18, 2, 21; Civ. rej., 23 décembre 1819, Sir., 20, 2, 281. Mais ces arrêts, rendus par application de l'ancienne jurisprudence, ne peuvent avoir aucune autorité sous l'empire du Code Napoléon, en présence de la disposition si précise de l'art. 194. Cet article, comme nous l'avons établi au § 64 (texte et note 13), repousse d'une manière invincible l'opinion contraire à celle que nous professons.

rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère[18]. Art. 197[19]. Ils peuvent, quoiqu'ils ne se trouvent dans aucun des cas prévus par l'art. 46[20], suppléer à la représentation de cet acte, en prouvant, d'une part, que les auteurs de leurs jours sont tous deux décédés[21], qu'ils ont publiquement cohabité l'un avec l'autre[22], et que, jusqu'au moment de leur décès, ils ont constamment été reconnus, soit dans leurs familles respectives, soit dans la société, comme des personnes unies par un légitime mariage[23],

18 Cette exception est fondée sur ce que les enfants peuvent ne pas connaître ce qui s'est passé avant leur naissance. *Discussion au Conseil d'Etat* et *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 420 et suiv., n° 20, p. 516 et 517, n° 55). Elle peut du reste être invoquée par les héritiers des enfants, aussi bien que par ces derniers. Nîmes, 18 juin 1860, Sir., 61, 2, 325.

19 Cet article consacre la théorie développée par Cochin, dans son mémoire pour la veuve Bourgelat. *Œuvres de Cochin*, édit. de 1821, II, p. 24.

20 Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 10 sur l'art. 197. Zachariæ, § 456, note 46. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 239. Toulouse, 4 juillet 1844, Sir., 44, 2, 398. Nîmes, 18 juin 1860, Sir., 61, 2, 325.

21 La condition du décès des père et mère étant expressément exigée par l'art. 197, les enfants ne pourraient y suppléer en prouvant l'absence ou la démence de celui de leurs parents qui serait encore en vie. *Exceptio est strictissimæ interpretationis. Et alias, non est eadem ratio.* En effet, la démence ou l'absence peuvent cesser d'un moment à l'autre, et ne présentent pas, comme le décès, un état définitif. D'un autre côté, il ne serait pas impossible que l'absence fût, de la part du survivant des père et mère, le résultat d'un calcul. En vain dit-on, dans le système contraire, que les intérêts de ceux qui contestent la légitimité de l'enfant, pourront être sauvegardés au moyen de réserves faites pour le cas où le survivant viendrait à reparaître ou à recouvrer la raison. La nécessité de pareilles réserves prouve elle-même, à notre avis, le peu de solidité du système qui se trouve obligé d'y recourir. Comment admettre que l'état d'un enfant soit reconnu à titre provisoire seulement! Ces réserves d'ailleurs ne deviendraient efficaces, qu'autant qu'on obligerait l'enfant à fournir caution pour la restitution des biens qui lui seraient provisoirement adjugés ; et, avec cette condition même, elles ne pareraient pas au danger d'une absence simulée. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 2 et 3. Toullier, I, p. 325 et 326. Richefort, I, 80. Zachariæ, § 456, note 11. Toulouse, 24 juin 1820, Sir., 20, 2, 280. Paris, 21 juin 1853, Sir., 53, 2, 375. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 197; Toullier, II, 877 ; Duranton, II, 255. Vazeille, I, 214 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 73, note 2 ; Bonnier, *Des preuves*, n° 128 ; Allemand, I, 440 ; Marcadé, sur l'art. 197, n° 2 ; Demolombe, III, 396.

22 Zachariæ, § 456, note 10. Paris, 9 mai 1829, Sir., 30, 2, 57.

23 Arg. art. 321. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 5. — L'enfant qui ne représente pas l'acte de célébration du mariage dont il se prétend issu, ne peut

et en justifiant, d'autre part, qu'ils sont eux-mêmes en possession de l'état d'enfants légitimes[24], et que cette possession d'état n'est pas contredite par leur acte de naissance[25]. Art. 197.

La preuve de la double possession d'état exigée par l'art. 197, peut se faire tant par écrit que par témoins[26]. Mais un enfant ne pourrait prétendre que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes, en se fondant uniquement sur la circonstance que son acte de naissance lui donnerait la qualification d'enfant légitime[27].

en se fondant sur sa possession d'état d'enfant légitime, se dispenser de prouver que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes. L'art. 197 impose à l'enfant, l'obligation de prouver cumulativement l'une et l'autre possession d'état. Merlin. *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 7. Delvincourt, I, p. 141. Vazeille, I, 211 et 212. Demolombe, III, 298. Zachariæ, § 456, note 10. Paris, 9 mars 1811. Sir., 11, 2, 95. Paris, 11 mai 1816, Sir., 17, 2, 44. Paris, 23 février 1822, Sir., 22, 2, 183. Civ. cass., 19 juin 1867, Sir., 67, 1, 345. Civ. cass., 18 mars 1868, Sir., 68, 4, 205.

24 Cpr. art. 321. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 8. Paris, 11 mai 1816, Sir., 17, 2, 44.

25 La rédaction de l'art. 197, arrêtée au Conseil d'État, dans la séance du 6 brumaire an X (Locré, *Lég.*, IV, p. 420 et suiv., n° 20, p. 432, art. 41), soumettait l'enfant à l'obligation de prouver sa légitimité par un acte de naissance appuyé de la possession d'état. Mais, sur les observations du consul Cambacérès (séance du 6 brumaire an XI, Locré, *Lég.*, IV, p. 469 et 470, n°s 4 et 6), cette rédaction fut remplacée par celle qui a passé dans le Code. Ainsi, d'une part, la loi n'impose pas à l'enfant l'obligation absolue de représenter son acte de naissance ; d'autre part, elle ne demande pas que cet acte établisse sa légitimité. L'enfant qui ne peut représenter son acte de naissance, administre d'une manière suffisante la preuve qui lui est imposée, en justifiant qu'il n'a pas été inscrit à sa naissance sur les registres de l'état civil du lieu où résidaient alors ses père et mère, ou que le lieu de sa naissance est inconnu. Si l'acte de naissance est représenté, il n'est pas nécessaire qu'il qualifie l'enfant de légitime, il suffit qu'il ne le qualifie pas de naturel. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 6. Delvincourt, I, p. 141. Locré, sur l'art. 197. Duranton, II, 253 ; III, 110. Taulier, I, p. 325. Demolombe, III, 401. Zachariæ, § 456, texte et note 14. Agen, 18 mai 1842, Sir., 42, 2, 541. Toulouse, 4 juillet 1843, Sir., 44, 2, 398. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 877, note 2.

26 La rédaction primitive de l'art. 197, qui exigeait que la possession d'état fût constatée par actes authentiques ou sous seing privé, a été modifiée lors de la discussion au Conseil d'État (séance du 6 brumaire an X, Locré, *Lég.*, IV, p. 410, art. 16, p. 420 et suiv., n° 20). Zachariæ, § 456, note 10, *in fine*.

27 L'opinion contraire, émise par Portalis (*Exposé de motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n° 55), est tout à la fois en opposition avec l'art. 197, et avec les prin-

La preuve des différents faits indiqués en l'art. 197 établit, en faveur de l'enfant qui l'a administrée, une présomption légale de légitimité. Cette présomption n'est cependant pas absolue ; et rien n'empêche, en théorie, de la combattre par la preuve de faits exclusifs de la possibilité d'une célébration régulière de mariage[28]. Mais cette preuve ne résulterait d'une manière suffisante, ni de la déclaration des père et mère qu'il n'y a pas eu de célébration, ni de la production d'un acte irrégulier de célébration, ni bien moins encore de la simple représentation d'un acte de bénédiction nuptiale[29].

Il est, du reste, bien entendu que la présomption de légitimité admise par l'art. 197, peut toujours être efficacement contestée par tous les moyens à l'aide desquels elle pourrait l'être malgré la production d'un acte régulier de célébration, par exemple, en établissant que l'un des époux était privé de la vie civile, on se trouvait engagé dans les liens d'un précédent mariage[30]. Elle peut l'être également par une contestation de légitimité fondée sur l'art. 315.

3° Lorsqu'un acte de célébration a été falsifié ou altéré, soustrait ou supprimé, la preuve du mariage peut résulter, soit d'une

cipes qui règlent les effets des actes de naissance, dont l'objet n'est pas de prouver l'existence du mariage et la légitimité des enfants, mais seulement de constater leur naissance et leur filiation. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 6. Toullier, II, 877. Vazeille, I, 210 et 211. Valette, sur Proudhon, II, p. 72, note *a*, 1. Demolombe, III, 400. Zachariæ, § 456, texte et note 13. Aix, 28 mai 1810, Sir., 11, 2, 227. Paris, 9 mars 1811, Sir., 11, 2, 95.

28 Bien qu'une pareille preuve soit très-difficile et même, à vrai dire, à peu près impossible à administrer, ce n'est pas un motif pour la déclarer inadmissible en droit. En se bornant à dire que «la légitimité des enfants ne peut être contestée *sous le seul prétexte* du défaut de représentation de l'acte de célébration,» l'art. 197 indique clairement que la réunion des faits qui y sont énoncés, n'entraîne pas une présomption *juris et de jure*. Cpr. Marcadé, sur l'art. 197, n° 3 ; Demolombe, III, 404.

29 Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 456, note 14, *in fine*. Bordeaux, 23 janvier 1835, Sir., 35, 2, 313. Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. Req. rej., 11 août 1841, Sir., 41, 1, 616. Toulouse, 4 juillet 1843, Sir., 44, 2, 398.

30 Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 9. Delvincourt, I, p. 142. Toullier, II, 878 et 879. Duranton, III, 111. Richefort, I, 84. Marcadé, sur l'art. 197, n° 3. Demolombe, III, 403. Zachariæ, § 456, texte et note 12. Douai, 8 mars 1845, Sir., 45, 2, 321. Cpr. Req. rej., 7 avril 1869, Sir., 69, 1, 250.

poursuite, criminelle ou correctionnelle [31], dirigée contre l'auteur du crime ou du délit, soit d'une action civile intentée contre ses héritiers, d'après les distinctions suivantes (art. 198-200) :

Tant que l'auteur du crime ou du délit est encore en vie, l'action tendant à faire constater la falsification ou l'altération, la soustraction ou la suppression de l'acte de célébration, ne peut être portée que devant les tribunaux de justice répressive [32].

Si les faits par suite desquels la preuve du mariage a été anéantie, constituent un crime, les époux peuvent provoquer, par voie de plainte, l'action du ministère public, et se porter parties civiles. Ils sont même autorisés, lorsqu'il s'agit d'un simple délit, à saisir directement le tribunal correctionnel qui doit en connaître [33]. Ces droits paraissent également devoir être reconnus, du vivant même des

[31] Les expressions *procédure criminelle, action criminelle,* qu'on lit aux art. 198 et 199, y sont prises *sensu lato*. Cpr. note 42 *infra*.

[32] C'est ce qui résulte, à notre avis, d'une manière évidente, du rapprochement des art. 198 et 200. Le législateur a cru devoir refuser, en pareil cas, à l'individu lésé, et ce par exception au principe posé dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, le droit de porter son action devant les tribunaux civils, pour éviter toute possibilité de collusion entre les parties. Valette, sur Proudhon, II, p. 104, note *a*. Demolombe, III, 415. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 204; Marcadé, sur l'art. 199, n° 4. — Du reste, il est à remarquer qu'il n'existe aucune opposition de vues entre les art. 198 et 327. Ce dernier article, qui subordonne l'action criminelle contre un délit de suppression d'état au jugement à rendre par les tribunaux civils sur la question de filiation, se justifie par la raison que cette question est préjudicielle, et que les tribunaux de justice répressive sont incompétents pour en connaître. Art. 326. Dans l'hypothèse, au contraire, que prévoit l'art. 198, il n'y a plus de question d'état qui puisse être considérée comme préjudicielle à l'action publique, dont l'objet direct est uniquement de poursuivre un fait matériel d'altération ou de suppression de titre. On comprend d'ailleurs que le législateur ait admis les témoignages produits dans une instruction criminelle, comme pouvant suffisamment établir la preuve d'un mariage, puisque de sa nature, et en dehors des prescriptions de l'art. 194, la célébration est un fait public, susceptible d'être prouvé par témoins d'une manière complète, tandis qu'une simple preuve testimoniale administrée devant un tribunal de justice répressive, saisi d'une question de suppression d'état, n'a pas dû lui paraître suffisante pour établir la filiation, qui repose sur un fait complexe d'accouchement et d'identité, dépourvu d'ordinaire de toute publicité. Cpr. Marcadé, sur l'art. 199, n° 5 ; Demolombe, III, 407.

[33] Ces propositions ne sont que des applications des principes généraux sur l'exercice de l'action civile. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1, 63, 67, 182, 217, 271 et 335.

deux époux, aux enfants issus de leur union, quand ils ont un intérêt né et actuel à faire constater l'existence du mariage, par exemple pour recueillir des successions auxquelles leurs père et mère auraient renoncé, ou dont ils se trouveraient exclus pour cause d'indignité[34]. Enfin, en cas de décès des deux époux ou de l'un d'eux, les mêmes droits appartiennent à toute personne intéressée[35]. Art. 199. Quant au ministère public, son action, en cette matière, comme dans les matières pénales en général, n'est soumise à aucune restriction ni condition : il peut l'exercer du vivant même des deux époux, et sans provocation de leur part[36].

Après le décès de l'auteur, quel qu'il soit, du crime ou du délit[37],

[34] *Non obstat* art. 199. Il semble, au premier abord, résulter de cet article que, du vivant des deux époux, l'action dont nous nous occupons ne compète qu'à eux seuls. Mais il faut remarquer que les termes *si les époux ou l'un d'eux sont décédés*, ne sont qu'énonciatifs, et ne posent pas une condition absolument exclusive de toute action de la part d'autres personnes que les époux eux-mêmes. Le législateur est parti de l'idée que, du vivant des deux époux, ceux-ci sont seuls intéressés, comme cela est vrai en général, à faire rétablir la preuve de la célébration. Mais il n'a pu entrer dans sa pensée de refuser, du vivant des époux, l'action tendant à ce rétablissement, même aux enfants qui pourraient avoir exceptionnellement un intérêt né et actuel à faire constater l'existence du mariage. L'art. 198 doit, sous ce rapport, être interprété dans le même sens que l'art. 187. Cpr. § 461, note 20. Valette, sur Proudhon, II, p. 106, obs. IV. Demolombe, III, 412. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, part. I, p. 73; Vazeille, I, 207; Marcadé, sur l'art. 199, n° 3; Allemand, I, 434.

[35] L'art. 199 porte bien : «Si les époux ou l'un d'eux sont décédés *sans avoir découvert la fraude;*» mais il est généralement reconnu que ces dernières expressions sont purement énonciatives. Le législateur, tout en supposant que, si les époux avaient eux-mêmes découvert la fraude, ils n'auraient pas manqué d'introduire l'action tendant au rétablissement de la preuve de la célébration, n'a cependant pas, pour l'hypothèse où ils seraient restés dans l'inaction, entendu refuser cette action, après leur décès, aux autres personnes intéressées à la former. On ne voit aucun motif de nature à justifier un pareil refus. Locré, sur l'art. 199. Delvincourt, I, p. 140. Duranton, II, 261. Vazeille, I, 207. Valette, sur Proudhon, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 347. Demolombe, III, 413.

[36] Code d'instruction criminelle, art. 1. Vazeille, *loc. cit.* Valette, sur Proudhon, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 199, n°s 2 et 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Demolombe, III, 411.

[37] L'art. 200 est rédigé dans la supposition que le crime ou le délit a été commis par l'officier de l'état civil. Mais il s'applique également à l'action à diriger, le cas échéant, contre les héritiers de toute autre personne qui aurait altéré ou

l'action tendant à faire constater l'altération ou la falsification, la soustraction ou la suppression de l'acte de célébration, doit être suivie au civil contre ses héritiers. Mais les intéressés ne sont pas autorisés à la former directement et par eux-mêmes. Ils n'ont que la faculté de dénoncer au procureur de la république le fait qui leur porte préjudice, et d'intervenir dans l'instance que ce magistrat est tenu d'introduire sur leur dénonciation[38]. Art. 200.

Lorsque, dans l'un ou l'autre des cas ci-dessus indiqués, la preuve de la célébration du mariage ressort de la procédure, le juge, saisi de l'action, doit ordonner le rétablissement de l'acte altéré ou falsifié, soustrait ou supprimé; et l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil établit la preuve du mariage, à l'instar d'un acte de célébration inscrit à sa date sur ces registres[39]. Il en est ainsi, dans le cas même où les poursuites ont été dirigées d'office par le ministère public, du vivant des deux époux, sans provocation et sans intervention de leur part[40].

supprimé la preuve d'un mariage. Delvincourt, I, p. 140. Vazeille, I, 208. Duranton, II, 262. Marcadé, sur l'art. 200, n° 2.

38 C'est ce qui ressort de la disposition formelle de l'art. 200, dont le but est d'empêcher toute connivence entre les héritiers poursuivis et les individus intéressés à se procurer la preuve de la célébration d'un mariage qui n'aurait jamais existé. Toullier, I, 600. Duranton, II, 262. Marcadé, sur l'art. 200, n° 1. Taulier, I, p. 326 et 327. Demolombe, III, 414. — M. Vazeille (*loc. cit.*) prétend, au contraire, mais sans raisons plausibles, que l'art. 200 a pour objet d'étendre, et non de restreindre, les droits des parties intéressées, auxquelles cet auteur reconnaît la faculté d'agir directement et par elles-mêmes contre les héritiers de celui qui doit avoir altéré ou supprimé la preuve du mariage.

39 L'art. 198 ne s'exprime pas d'une manière tout à fait exacte en disant que *l'inscription du jugement assure au mariage tous les effets civils*. Il est, en effet, bien évident que les parties intéressées à attaquer le mariage dont la preuve se trouve rapportée, seraient, malgré ce jugement, admises à exercer l'action qui peut leur appartenir à raison de l'absence des conditions essentielles à l'existence du mariage, ou nécessaires à sa validité. Vazeille, I, 206. Demolombe, III, 418.

40 Suivant Marcadé (sur l'art. 198, n° 1, et sur l'art. 199, n° 4) et M. Demolombe (III, 419), le jugement rendu au criminel, sur les poursuites du ministère public, en l'absence des époux, ne pourrait, ni leur être opposé, ni être invoqué, soit par l'un contre l'autre, soit par les deux contre des tiers. Cette manière de voir est en opposition avec la théorie, qui paraît aujourd'hui généralement admise, de l'influence de la chose jugée au criminel sur les intérêts civils ; théorie d'après laquelle il n'est pas permis de remettre en question, devant les tribunaux civils,

L'action civile ouverte par l'art. 200 paraît devoir être admise, non-seulement au cas de décès textuellement prévu par cet article, mais dans toutes les hypothèses où, par un motif quelconque, il ne peut y avoir lieu à une poursuite criminelle ou correctionnelle. C'est ainsi que, lorsqu'une pareille poursuite est devenue impossible par suite de prescription, l'action civile dont s'agit n'en reste pas moins recevable, et peut même être dirigée contre l'auteur du fait par suite duquel la preuve du mariage a été altérée ou supprimée, mais à charge par les époux ou autres parties intéressées de se conformer pour son exercice aux dispositions de l'article précité [41].

4° Les dispositions des art. 198-200 s'appliquent également à

l'existence d'un crime ou d'un délit à raison duquel une condamnation pénale a été prononcée. Cpr. § 769, texte n° 3. Elle est de plus, pour le cas de faux, incompatible avec les dispositions de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle. En vain M. Demolombe dit-il que deux individus pourraient ainsi, par l'effet d'un jugement criminel, se trouver mariés d'office en quelque sorte, et peut-être à leur insu, puisque, en ordonnant le rétablissement de l'acte instrumentaire de célébration altéré ou supprimé, un pareil jugement ne prive pas les personnes qu'il indique comme époux, du droit d'invoquer contre le mariage toutes les causes de non-existence ou de nullité qu'elles auraient à faire valoir. Cpr. la note précédente. L'opinion des auteurs que nous combattons, conduirait d'ailleurs à ces singulières conséquences que, si le mari seul s'était constitué partie civile, il ne pourrait se prévaloir du jugement contre sa femme, et que le ministère public lui-même ne serait pas autorisé à l'opposer, pour poursuivre en bigamie les époux qui auraient contracté une nouvelle union. Voy. dans notre sens : Valette, sur Proudhon, II, p. 106, obs. II.

41 Nous avions, dans nos précédentes éditions, émis une opinion contraire, en partant de l'idée que l'action ouverte par l'art. 200 pour faire rétablir la preuve du mariage, altérée ou supprimée par un crime ou par un délit, est l'action civile naissant de ce crime ou de ce délit, et qui s'éteint par la même prescription que l'action publique. Cpr. Code d'instr. crim., art. 1 à 3, 637 et 638. Mais un nouvel examen de la question nous a conduits à penser que cette idée n'est point exacte. Les époux et autres parties intéressées doivent incontestablement avoir le droit de faire rétablir la preuve d'un mariage, altérée ou supprimée par un crime ou par un délit, et ce, même après la prescription de ce crime ou de ce délit. C'est aussi ce que paraît supposer l'art. 200, qui, en parlant d'une *action à diriger au civil*, entend bien moins parler de l'action en dommages-intérêts régie par les dispositions du Code d'instruction criminelle, que d'une action en rétablissement de la preuve du mariage, qui ne tombe pas sous le coup de ces dispositions, notamment en ce qui concerne la prescription. Marcadé, sur l'art. 200, n° 2. Demolombe, III, 416.

l'hypothèse où l'acte de célébration a été inscrit sur une feuille volante. Art. 198 cbn. 52[42].

Mais elles ne peuvent être étendues au cas où il n'a été dressé aucun acte de célébration[43].

[42] L'art. 192 du Code pénal ne prononçant qu'une peine correctionnelle contre l'officier de l'état civil qui, au lieu d'inscrire sur les registres de l'état civil les actes de son ministère, les rédige sur des feuilles volantes, on peut se demander si la disposition de l'art. 198, dans lequel il n'est question que de *procédure criminelle*, est applicable à cette hypothèse. L'affirmative n'est pas, à notre avis, sérieusement contestable. Le projet présenté par la Section de législation contenait deux dispositions ainsi conçues : « 1° S'il existe un acte de célé- « bration reçu par l'officier public, qui n'ait été rédigé que sur une feuille volante, « et qui ne soit pas inscrit sur les registres de l'état civil, l'officier civil doit être « poursuivi criminellement, tant par les époux qu'il a trompés, que par le com- « missaire du gouvernement. 2° Si la preuve d'une célébration légale de mariage « se trouve acquise par le résultat de la procédure criminelle, l'inscription, etc. » Dans la discussion au Conseil d'État, Thibaudeau fit observer que la première disposition se trouvait déjà dans le titre *Des actes de l'état civil*. Cpr. art. 52. En conséquence, lors de la révision définitive, la Section de législation supprima cette première disposition, et généralisa la rédaction de la seconde, qui forme actuellement l'art. 198, de manière à la faire porter sur les deux hypothèses prévues par l'art. 52. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 410 et 411, art. 17 et 18; p. 422, n° 21. Il résulte de cet exposé qu'il existe une intime liaison entre les art. 52 et 198, et que le dernier de ces articles ne fait que développer les conséquences de l'action ouverte par le premier, à raison du crime et du délit qu'il prévoit. Cette interprétation, conforme aux explications données par Portalis, dans l'*Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n° 54), doit souffrir d'autant moins de difficulté, que les rédacteurs du Code Napoléon, ne connaissant point encore la nature de la peine que prononcerait le Code pénal en cas d'inscription de l'acte de célébration sur une feuille volante, ont dû employer, *lato sensu*, les expressions *procédure criminelle*, pour désigner toute procédure suivie devant un tribunal de justice répressive. Valette, sur Proudhon, II, p. 105, obs. I. Marcadé, sur l'art. 197, n°s 1 et 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 346. Demolombe, III, 409. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. IV, § 4, n° 5; Toullier, I, 600; Duranton, II, 261; Vazeille, I, 202.

[43] Une pareille omission, qui ne constitue pas une infraction prévue par la loi pénale, ne peut donner lieu à aucune poursuite, soit criminelle, soit correctionnelle, contre l'officier de l'état civil. L'art. 198 se trouve dès lors inapplicable à cette hypothèse, dans laquelle les parties ont à se reprocher de n'avoir pas exigé l'accomplissement de la loi. Toullier, I, 599. Duranton, II, 259. Demolombe, III, 409.

III. DES CONDITIONS DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 453.

1. *Notion et divisions de ces conditions.*

Les conditions dont nous avons actuellement à nous occuper, sont extrinsèques ou intrinsèques.

Les premières concernent les solennités qui doivent précéder et accompagner la célébration de l'union.

Parmi les secondes, les unes sont positives et se rapportent, soit à certaines qualités que doivent posséder les deux époux, soit à leur consentement et à celui des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés. Les autres sont négatives et se rapportent à certaines causes qui forment obstacle au mariage. L'absence des conditions de la première espèce produisant en définitive le même effet que l'existence de celles de la seconde espèce, les unes et les autres se confondent dans l'idée commune d'empêchements de mariage[1].

Les solennités prescrites en matière de mariage ne sont pas toutes exigées à peine de nullité[2].

Un mariage célébré au mépris d'un empêchement établi par la loi, n'est pas non plus toujours frappé de nullité. Les empêchements de mariage sont, ou simplement prohibitifs, ou dirimants. Ces derniers seuls entraînent la nullité du mariage. Les premiers, au contraire, n'ont, en général, d'autre effet que d'imposer à l'officier de l'état civil, le devoir de ne point procéder à la célébration

[1] Nous empruntons au Droit canon, ces expressions qu'on ne retrouve pas textuellement dans le Code, mais qui expriment nettement une distinction que notre nouvelle législation a implicitement consacrée.

[2] Cpr. § 467. — Il est des solennités dont l'omission ne donne lieu qu'à une amende. Cpr. art. 192 et 193. Il en est d'autres dont l'inobservation n'est même réprimée par aucune peine. Cpr. art. 75 et 76.

de l'union[3], et de donner à certaines personnes, le droit de former opposition au mariage. En général, les empêchements dirimants sont en même temps prohibitifs, et produisent tous les effets attachés à cette dernière espèce d'empêchements.

Il est certains empêchements qui peuvent, pour des causes graves, être levés avant le mariage, au moyen de dispenses accordées à cet effet par le chef de l'Etat. Tel est, en premier lieu, l'empêchement établi par l'art. 144, à raison de l'âge des futurs époux. Art. 145. Telles sont, en second lieu, les prohibitions portées par l'art. 162, contre les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'art. 163, contre les mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu[4]. Art. 164. Loi du 16 avril 1832[5].

§ 454.

2. *Des oppositions au mariage. — Du droit de former opposition à un mariage.*

Afin de prévenir tout abus dans l'exercice du droit d'opposition, le législateur a jugé convenable de ne l'accorder qu'à certaines personnes, et même de le limiter, pour quelques-unes d'entre elles, à certains cas spécialement déterminés[1].

[3] Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Duranton, II, 200. — Il est des cas où la loi soumet à des peines correctionnelles, l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration d'un mariage auquel s'opposait un empêchement simplement prohibitif ou dirimant. Cpr. Code Napoléon, art. 156 et 157; Code pénal, art. 193 et 194. L'application de ces peines est, lorsqu'il s'agit d'un empêchement dirimant, indépendante de l'annulation du mariage. Code pénal, art. 195. Cpr. Turin, 6 avril 1808, Sir., 10, 2, 65.

[4] Cpr. sur les causes graves à faire valoir, et sur les formes à suivre pour l'obtention des dispenses: Arrêté de 20 prairial an XI; circulaires du ministre de la justice du 10 mai 1824 et du mois d'avril 1832 (Sir., 29, 2, 285, et 32, 2, 219, note 2). — Voy. aussi sur les pouvoirs concédés ou à concéder aux consuls résidant dans des pays situés en delà de l'Océan atlantique, d'accorder des dispenses au nom du chef de l'État: ordonnance du 23 octobre 1833, art. 18.

[5] Cpr. sur le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce: § 464, texte n° 5.

[1] *Exposé de motifs*, par Portalis, *Rapport* de Gillet, et *Discours* de Bouteville (Locré, *Lég.*, IV, p. 500, n° 33, p. 534 à 536, n°s 10 et 11, p. 557, n° 13). — La plupart des auteurs trouvent que le droit d'opposition a été ren-

Les personnes auxquelles la loi a conféré le droit d'opposition, peuvent donc être rangées en deux classes. La première comprend celles qui en jouissent d'une manière absolue ; la seconde, celles qui ne peuvent l'exercer que dans certaines limites.

1° Dans la première classe se trouvent les ascendants des futurs époux. Leur droit d'opposition est absolu, en ce sens qu'il n'est pas limité sous le rapport des causes en vertu desquelles il peut être exercé[2], et qu'il n'est soumis à aucune autre condition qu'à celle qui résulte de l'ordre successif que la loi a établi pour son exercice[3].

Les ascendants ne jouissent, en effet, que graduellement, et non concurremment, du droit d'opposition que la loi leur accorde. Le père est appelé à l'exercer en première ligne, à l'exclusion de tout autre ascendant. A défaut du père, c'est-à-dire s'il est décédé, ou s'il se trouve dans l'impossibilité physique, morale, ou légale, de manifester sa volonté[4], le droit d'opposition passe à la mère[5]. A défaut de la mère, il se partage entre les aïeuls et aïeules, qui en jouissent par concurrence, avec cette restriction toutefois, que les aïeules ne sont admises à l'exercer qu'à défaut d'aïeuls dans la ligne à laquelle elles appartiennent[6]. Art. 173. Enfin, à défaut

fermé dans des limites trop étroites. Cpr. Delvincourt, I, p. 120 ; Toullier, I, 581 ; Duranton, II, 192 ; Vazeille, I, 163, 165 et 168 ; Demolombe, III, 136 ; Zachariæ, § 459, note 1re.

2 *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n° 36). — Aussi les ascendants ne sont-ils pas tenus d'indiquer, dans l'acte qui renferme leur opposition, le motif sur lequel elle est fondée. Cpr. art. 166.

3 Ainsi, par exemple, le droit d'opposition est indépendant de l'âge des futurs époux. Art. 173.

4 Arg. art. 149 et 150. Locré, sur l'art. 173. Toullier, I, 584.

5 Tant que le père est en vie et capable de manifester sa volonté, l'opposition de la mère n'est donc pas recevable. Cpr. § 465, note 23. Demolombe, III, 140.

6 C'est ce qui résulte, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de l'art. 173. Il n'existe, en effet, aucune raison pour établir entre l'aïeul et l'aïeule d'une même ligne, un concours qui n'est pas admis entre le père et la mère. Un changement de rédaction dont le but était de proscrire ce concours, avait été arrêté au Conseil d'État. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 357 et 358, n° 26. Mais la nouvelle rédaction avait un autre inconvénient, en ce qu'elle semblait refuser à l'aïeule d'une ligne, le droit de concours avec l'aïeul de l'autre ligne. C'est probablement pour cette raison qu'elle n'a pas passé dans le Code. Locré, sur l'art. 173. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 3 sur l'art. 173. Delvincourt, I, p. 119. Marcadé, sur l'art. 173, n° 1. Demolombe, III, 140.

d'aïeuls et d'aïeules, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls et bisaïeules. Arg. art. 174 [7].

Quoique les ascendants jouissent d'un droit d'opposition illimité sous le rapport des causes en vertu desquelles ce droit peut être exercé, et qu'ainsi ils soient recevables à s'opposer au mariage de leurs descendants, malgré l'absence de tout empêchement, dirimant ou prohibitif, de nature à y former obstacle, leur opposition ne peut cependant être maintenue par les tribunaux, que lorsqu'elle est fondée sur un empêchement légal dont ils rapportent la preuve [8].

2° Dans la seconde classe il faut ranger :

a. Les frères et sœurs, oncles et tantes, cousins et cousines germains des futurs époux. Le droit d'opposition, que la loi n'accorde à ces collatéraux qu'autant qu'ils sont majeurs [9], et qu'à défaut d'ascendant [10], est en outre limité aux deux cas suivants :

[7] Cpr. § 462, note 33.

[8] Cette proposition n'est pas contradictoire dans ses différentes parties. En disant que l'opposition formée par un ascendant ne peut être maintenue qu'autant qu'elle s'appuie sur un empêchement légal, nous ne restreignons pas l'exercice de la faculté illimitée accordée aux ascendants de faire opposition au mariage de leurs descendants. En vain dirait-on que, dans ce système, cette faculté serait illusoire, ou du moins bien insignifiante. En effet, l'opposition donnera à l'ascendant le moyen de gagner du temps, afin de ramener par des conseils salutaires l'enfant qui voudrait contracter un mariage inconsidéré. *Exposé de motifs*, par Portalis, et *Rapport fait au Tribunat*, par Gillet (Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n° 36, p. 534, n° 10). Locré, II, 162. Merlin, *op. et v° citt.*, n° 4, quest. 4 sur l'art. 173. Duranton, II, 191 et 192. Vazeille, I, 159. Magnin, *Des minorités*, I, 153. Favard, *Rép.*, v° Mariage, sect. I, § 1. Valette, sur Proudhon, I, p. 421, note *a*, II. Duvergier, sur Toullier, I, 584, note *a*. Taulier, I, p. 290. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 294. Marcadé, sur l'art. 173, n° 2. Demolombe, III, 140. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 171. Demante, *Cours*, I, 246 *bis*, I. Glasson, n° 137. Zachariæ, § 459, texte et note 6; et § 467, texte et note 8. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 1050. Bruxelles, 17 janvier 1809, Sir., 9, 2, 268. Civ. cass., 7 novembre 1814, Sir., 15, 1, 245. Caen, 19 mars 1839, Sir., 39, 2, 275. Montpellier, 12 août 1839, Sir., 39, 2, 540. Pau, 18 juin 1867, Sir., 68, 2, 181. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 121 ; Allemand, I, 279 et 280 ; Caen, 9 juin 1812, Sir., 13, 2, 377 ; Bourges, 30 mars 1813, Sir., 13, 2, 169. Cpr. Caen, 20 novembre 1839, Sir., 39, 2, 198.

[9] Ainsi, les tuteurs des collatéraux dénommés en l'art. 173, ne peuvent exercer, au nom de ces derniers, le droit d'opposition établi par cet article. *Non obstat* art. 175 : Cpr. note 20 *infra*. Demolombe, III, 143.

[10] Cpr. art. 149, 150 et 160 ; texte, notes 4 et 5 *supra*. Duranton, II, 195.

Lorsque le futur époux est en état de minorité, et n'a point obtenu du conseil de famille le consentement requis par l'art. 160.

Lorsque le futur époux se trouve dans un état habituel de fureur, de démence, ou d'imbécillité[11]. Encore, l'opposition contre laquelle une demande en main-levée a été formée, ne peut-elle être maintenue, si l'interdiction n'a pas été antérieurement prononcée[12], qu'à la charge par l'opposant de la provoquer[13], et d'y faire statuer dans le délai qui doit être fixé à cet effet[14]. Les juges sont même autorisés, quand l'allégation de démence leur paraît évidemment dénuée de fondement, à donner immédiatement main-levée pure et simple de l'opposition[15]. Art. 174. Toutefois, le jugement de main-levée ne peut, même dans ce cas, être rendu qu'en présence de l'opposant, ou celui-ci dûment appelé; et ce

[11] L'art. 174 emploie le mot *démence* dans un sens général. Ce mot s'applique donc non-seulement à la démence proprement dite, mais encore à la fureur et à l'imbécillité. Arg. art. 174 cbn. 489. Delvincourt, I, p. 120. Demolombe, III, 146.

[12] Les personnes indiquées en l'art. 174 étant autorisées à former opposition au mariage à raison de l'état de démence du futur époux, quoique son interdiction n'ait point encore été prononcée et à charge seulement de la provoquer, à plus forte raison doivent-elles y être admises, lorsque l'état de démence se trouve déjà constaté par une interdiction antérieure. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. XI, § 2. Demolombe, III, 184, 4°. Zachariæ, § 459, note 16.

[13] Il n'est donc pas nécessaire que la demande en interdiction soit formée concurremment avec l'opposition; il suffit qu'elle suive immédiatement la demande en main-levée d'opposition. Tel est le véritable sens de l'art. 174. Duranton, II, 196. Demolombe, *loc. cit.* — Du reste, la demande en interdiction doit être introduite, instruite, et jugée suivant les formes ordinaires. Voy. art. 492 et suiv. Cpr. Colmar, 15 décembre 1810, Sir., 11, 2, 93.

[14] Cpr. Lyon, 24 janvier 1828, Sir., 28, 2, 237.

[15] Voy. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n° 29). Merlin, *op. et v° citt.*, n° 4, quest. 5 sur l'art. 174. Toullier, I, 585. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 459, texte et note 12. Paris, 29 messidor an XII, Sir., 4, 2, 172. — Les juges jouissent du pouvoir discrétionnaire que leur attribue l'art. 174, dans le cas même où l'opposition, fondée sur la démence du futur époux, a été formée par un ascendant de ce dernier. Duvergier, sur Toullier, I, n° 585, p. 344, note *a*. Allemand, I, 283. Demolombe, III, 141. Req. rej., 6 janvier 1829, Sir., 30, 1, 103. Caen. 12 octobre 1857, Sir., 58, 2, 394. Pau, 18 juin 1867, Sir., 68, 2, 181. Voy. en sens contraire: Merlin, *op. et v° citt.*, quest. 6 sur l'art. 174; Zachariæ, § 459, note 12, *in fine;* Bruxelles, 15 décembre 1812, Sir., 13, 2, 238.

jugement est toujours susceptible d'appel[16]. Du reste, que l'interdiction soit antérieure ou postérieure à l'opposition, le consentement que le conseil de famille donnerait au mariage de l'interdit, devrait, ce semble, avoir pour résultat de la faire écarter[17].

Les collatéraux dénommés en l'art. 174 jouissent individuellement et concurremment[18] du droit de s'opposer au mariage de leur parent qui se trouve en état de démence, ou qui n'a point obtenu du conseil de famille le consentement exigé par la loi[19].

b. Le tuteur ou curateur du futur époux[20]. Il ne jouit du droit d'opposition qu'à défaut d'ascendant, et dans les deux cas ci-dessus développés. Il ne peut même l'exercer qu'avec l'autorisation du conseil de famille[21]. Art. 175.

16 Les propositions contraires du Tribunat n'ont pas été admises. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 454, n° 11. Demolombe et Zachariæ, *locc. citt.*

17 Le rapprochement de l'art. 175 et du n° 2 de l'art. 174 prouve que le législateur n'a pas considéré l'interdiction comme un obstacle invincible au mariage, et qu'il a entendu laisser, à cet égard, au conseil de famille, un certain pouvoir d'appréciation, puisque le tuteur de l'interdit n'est admis à former opposition au mariage de ce dernier qu'avec l'autorisation de ce conseil. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que si les collatéraux désignés en l'art. 174 jouissent individuellement du droit d'opposition, il leur est cependant bien moins accordé dans leur intérêt personnel, que dans celui de l'interdit; et dès lors il serait peu rationnel d'admettre que la volonté, peut-être capricieuse ou même malveillante, d'un seul collatéral l'emportât sur le sentiment du conseil de famille, gardien légal des intérêts de l'interdit.

18 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n° 28). Demolombe, III, 143.

19 Les collatéraux du futur époux qui ne se trouve dans aucun des cas prévus par l'art. 174, ne peuvent s'opposer à son mariage, sous prétexte que la personne avec laquelle il se propose de se marier est en état de démence, ou n'a pas obtenu du conseil de famille le consentement qui lui est nécessaire. Arg. art. 174, n° 2, cbn. 490. Demolombe, III, 150. Zachariæ, § 459, note 8, *in fine*.

20 Le Tribunat, sur la demande duquel l'art. 175 a été ajouté, disait à l'appui de sa proposition : «Il a paru convenable que, dans les deux cas prévus par l'art. «174, le tuteur et le curateur puissent former opposition au mariage de ceux «dont la personne est confiée à leur surveillance.» Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 453, n° 9. — Merlin (*op. et v° citt.*, n° 4, quest. 4 sur les art. 174 et 175) est donc évidemment tombé dans l'erreur, en appliquant les dispositions de l'art. 175 aux tuteurs et curateurs des collatéraux dénommés en l'art. 174. Zachariæ, § 459, note 13.

21 M. Duranton (II, 199) prétend que le tuteur d'un interdit peut former

c. La personne engagée avec l'un des futurs époux dans les liens d'un mariage civilement contracté[22], et non encore dissous. Elle jouit du droit d'opposition concurremment avec les ascendants, mais à charge de rapporter la preuve de la célébration du mariage. Art. 172 cbn. 194.

Les dispositions des art. 172 à 175 ayant été rédigées dans l'intention de limiter à certaines personnes le droit de s'opposer au mariage[23], ce droit doit être dénié à toute personne privée qui n'en a pas été expressément investie[24].

Ainsi, il ne compète, ni aux descendants des futurs époux, ni à des collatéraux autres que ceux qui sont désignés en l'art. 174[25], ni enfin, à la personne à laquelle l'un des futurs époux aurait fait une promesse de mariage[26].

opposition au mariage de ce dernier, sans autorisation du conseil de famille. Mais cette opinion est manifestement contraire au texte de l'art. 175. Demolombe, III, 148.

[22] Ainsi, l'existence d'une union contractée devant un prêtre, ne donnerait aucun droit d'opposition, à la personne qui ne serait pas civilement mariée avec le futur époux. Demolombe, III, 139. Zachariæ, § 459, note 14. Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 289. Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., 10, 1, 60.

[23] Voy. les autorités citées à la note 1 *supra*.

[24] Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 1 sur l'art. 174. Demolombe, III, 150. Zachariæ, § 459, texte et note 2.

[25] Proudhon, I, p. 423. Delvincourt, I, p. 120. Toullier, I, 585. Duranton, II, 193, note 2. Vazeille, I, 165. Demolombe, III, 144. Zachariæ, § 459, texte et note 8. Bruxelles, 22 avril 1806, Sir., 6, 2, 157. Aix, 16 mars 1813, Sir., 14, 2, 10. Nîmes, 13 août 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 258. Toulouse, 9 janvier 1839, Sir., 39, 2, 274. Lyon, 11 décembre 1850, Sir., 51, 2, 189.

[26] L'auteur d'une pareille promesse ne peut, en effet, être contraint à l'accomplir. Tous les interprètes sont d'accord sur ce point. Mais ils sont partagés sur la question de savoir si une promesse de mariage engendre une obligation susceptible de se convertir en dommages-intérêts, dans le cas où elle ne serait pas accomplie. Cpr. art. 1142. — Toullier (VI, 193 à 202), Merlin (*Rép.*, v° Peine contractuelle, § 3, n° 3), et Zachariæ (§ 457, texte et note 5) adoptent l'affirmative d'une manière absolue. Ils enseignent, en conséquence, que les dommages-intérêts doivent comprendre non-seulement le *damnum emergens*, mais encore le *lucrum cessans* (art. 1149), et que la clause pénale ajoutée à une promesse de mariage doit sortir son plein et entier effet. Voy. aussi dans ce sens : Nîmes, 6 août 1806, Sir., 6, 2, 476 ; Trèves, 5 février 1808, Sir., 8, 2, 169 ; Rouen, 28 février 1815, Sir., 15, 2, 224. — Delvincourt (I, p. 127), Maleville (sur l'art. 172), Duranton (II, 187 ; X, 319 à 321 et 369), Vazeille (I, 145 à 152), Favard (*Rép.*, v° Obligation, sect. II, n° 2), MM. Demolombe (III,

Quant au ministère public, il est admis, bien que la loi ne lui en ait pas expressément accordé le droit, à former opposition à tout mariage dont il pourrait demander la nullité, s'il avait été célébré [27].

28 à 32), et Glasson (n° 96), enseignent, au contraire, que les promesses de mariage sont nulles en elles-mêmes, et que dès lors leur inexécution ne peut donner lieu à l'application des art. 1142 et 1149, ni faire encourir les peines qui y auraient été stipulées. Cpr. art. 1227. — Nous nous rangeons à cette dernière opinion, qui nous paraît la seule conciliable avec le principe que le consentement ne peut, en matière de mariage, être donné qu'au moment même de la célébration, et doit être, en ce moment, dégagé de toute espèce de contrainte. Il est d'ailleurs bien entendu que, si l'inexécution d'une promesse de mariage ne constitue pas une faute contractuelle, qui autorise la personne à laquelle cette promesse a été faite à réclamer, soit la peine stipulée, soit des dommages-intérêts évalués d'après le bénéfice dont elle a été privée (*lucrum cessans*), le refus d'exécuter une pareille promesse peut, suivant les circonstances, dégénérer en un fait dommageable, et donner ainsi à la partie lésée le droit de demander, en vertu de l'art. 1382, la réparation du préjudice matériel ou moral qu'elle a réellement éprouvé (*damnum emergens*), soit par suite des dépenses qu'elle a faites, soit à raison de l'atteinte portée à sa réputation. C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence est définitivement fixée. Voy. Turin, 14 floréal an XIII, Sir., 6, 2, 5; Amiens, 30 mai 1812, Sir., 14, 2, 19; Req. rej., 17 août 1814, Sir., 15, 1, 18; Civ. rej., 21 décembre 1814, Sir., 15, 1, 159; Colmar, 18 juin 1818, Sir., 19, 2, 108; Req. rej., 6 juin 1821, Sir., 23, 1, 41; Req. rej., 27 juin 1833, Sir., 33, 1, 548; Poitiers, 29 mai 1834, Sir., 34, 2, 354; Chambres réunies, rej., 7 mai 1836, Sir., 36, 1, 574; Civ. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 492; Civ. cass., 11 juin 1838, Sir., 38, 1, 494; Req. rej., 26 mars 1845, Sir., 45, 1, 539; Bordeaux, 23 novembre 1852, Sir., 53, 2, 245; Douai, 3 décembre 1853, Sir., 54, 2, 193; Nîmes, 2 janvier 1855, Sir., 55, 2, 38. Cpr. encore sur cette matière les arrêts suivants, qui ne décident pas explicitement la question dont s'agit: Colmar, 24 mars 1813, Sir., 14, 2, 2; Colmar, 13 avril 1818, Sir., 18, 2, 268; Bastia, 3 février 1834, Sir., 34, 2, 355; Req. rej., 5 mars 1838, Sir., 38, 1, 287. — *Quid* si la promesse de mariage a été suivie de séduction et de grossesse? Voy. § 569.

[27] En effet, le droit accordé au ministère public de provoquer l'annulation de certains mariages, emporte virtuellement pour lui le droit de former opposition à leur célébration. C'est le cas d'appliquer ici le principe *Qui peut le plus, peut le moins*, et la maxime *Melius est causam intactam servare, quam vulnerata causa remedium quærere*. On a dit, à la vérité, pour repousser cet argument *a fortiori*, que l'action en nullité ne cause aucun préjudice aux parties, si elle est mal fondée, tandis qu'il en est autrement de l'opposition, dont l'effet est toujours de retarder le mariage. Mais on a oublié, en proposant cette objection, que toute opposition, eût-elle été formée par une personne qui n'avait pas qualité pour la faire, n'en a pas moins pour conséquence d'arrêter le mariage, tant qu'elle n'a pas été levée; qu'ainsi la crainte de voir retarder le mariage, par une opposition

Du reste, il est libre à toute personne[28], et il est même du de-

mal fondée que formerait le ministère public, ne pouvait être pour le législateur un motif suffisant de lui refuser, dans l'hypothèse dont s'agit, le droit d'opposition. L'objection d'ailleurs perd toute sa force, quand on met en balance la possibilité du préjudice qu'éprouveraient les parties par un simple retard apporté à leur union, et l'immense intérêt qu'il y a pour les époux eux-mêmes et pour la société, d'empêcher un mariage qui pourrait et qui devrait être immédiatement annulé. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 120 et 128 ; Proudhon, I, p. 420 ; Duranton, II, 201 et 345 ; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 169 ; Req. rej., 2 décembre 1851, Sir., 52, 1, 54 ; Civ. cass., 21 mai 1856, Sir., 57, 1, 111. — Deux autres opinions se sont formées sur la question. Suivant la première, qui se trouve déjà réfutée par les observations précédentes, le droit d'opposition n'appartiendrait jamais au ministère public. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 174 ; Toullier, I, 591 et 592 ; Ortolan et Ledeau, *Du ministère public*, I, liv. II, tit. I, chap. IV, n° 1 ; Zachariæ, § 459, note 2 ; Paris, 26 avril 1833, Sir., 33, 2, 286. D'après la seconde, le ministère public pourrait exercer le droit d'opposition toutes les fois que l'empêchement qu'il invoque, dirimant ou simplement prohibitif, est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public. Voy. en ce sens : Valette, sur Proudhon, I, p. 420, note *a* ; Demolombe, III, 151 ; Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 399 ; Limoges, 17 janvier 1846, Sir., 46, 2, 97. Cette opinion, à l'appui de laquelle on invoque l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, nous paraît donner une interprétation beaucoup trop large à la partie de cet article qui charge le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Il résulte, en effet, de la première proposition du même article, qui limite implicitement l'action d'office du ministère public en matière civile aux cas spécifiés par la loi, que le législateur n'a entendu parler, dans la dernière proposition ci-dessus rappelée, que des mesures d'exécution à prendre par le ministère public, en dehors de tout débat judiciaire. L'interprétation que nous combattons conduirait à dire que le législateur, après avoir restreint l'action d'office du ministère public aux cas spécifiés par la loi, l'aurait ensuite étendue à tous ceux dans lesquels l'ordre public se trouve intéressé, et à établir ainsi une opposition manifeste entre les deux parties de l'art. 46. Vainement chercherait-on à écarter cette contradiction en disant que la première partie ne concerne que les hypothèses où l'intérêt public n'est pas engagé, puisque la généralité de la règle qui s'y trouve posée est exclusive de toute distinction, et que d'ailleurs le droit d'action accordé au ministère public en matière civile, est toujours fondé sur des considérations plus ou moins graves d'ordre public. Nous ajouterons que notre explication est conforme à celle qu'a donnée la Cour de cassation, à l'occasion de la question de savoir si le ministère public est autorisé à attaquer un jugement qui, selon lui, aurait mal à propos annulé un mariage. Cpr. § 458, texte et note 6.

28 Cpr. Duranton, II, 200 ; Zachariæ, § 459, texte et note 3 ; et les auteurs cités à la note suivante.

voir du ministère public, de dénoncer à l'officier de l'état civil, les empêchements légaux qui s'opposent à un mariage[29]. Ce fonctionnaire est, en pareil cas, tenu, sous sa responsabilité personnelle, de vérifier l'exactitude de la dénonciation, et de refuser, s'il y a lieu, de procéder à la célébration, sauf aux parties intéressées à l'y faire contraindre par justice, si elles s'y croient fondées.

§ 455.

Continuation. — De la manière dont l'opposition doit être formée.

L'opposition est recevable jusqu'au moment de la célébration[1]. Elle se forme par acte extrajudiciaire[2]. L'acte d'opposition doit, à peine de nullité[3], être signé, sur l'original et sur la copie, par l'opposant[4], ou par son fondé de procuration spéciale et authentique, et signifié par ministère d'huissier, tant à la personne ou au domicile de chacun des futurs époux[5], qu'à l'officier de l'état civil, soit de la commune où le mariage devra être célébré, soit de

29 Le ministère public est, en effet, chargé de surveiller l'exécution des lois, et de la poursuivre d'office quant aux dispositions qui intéressent l'ordre public. Loi du 20 avril 1810, art. 46. Le ministère public, sous l'autorité duquel se trouvent placés les officiers de l'état civil, aura donc toujours les moyens d'empêcher la célébration d'un mariage auquel s'opposerait un empêchement légal. Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Cpr. § 453, texte et note 3.

1 Vazeille, I, 177. Demolombe, III, 162. Zachariæ, § 460, note 1re.

2 Cpr. cep. Montpellier, 12 août 1839, Sir., 39, 2, 540. Cet arrêt juge que l'opposition déclarée verbalement par le père de l'un des futurs, au moment de la célébration, et reçue par l'officier de l'état civil, forme obstacle au mariage, tant qu'elle n'a pas été levée. Cette décision n'est pas sans difficulté. En tout cas, elle ne saurait être admise en dehors des circonstances toutes particulières dans lesquelles elle a été rendue.

3 La nullité résulte virtuellement de l'esprit de la loi et du rapprochement des art. 66 et 176. Marcadé, sur l'art. 176, n° 2. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 167. Demolombe, III, 154. Liége, 24 octobre 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 193. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 171 ; Coin-Delisle, *Des actes de l'état civil*, sur l'art. 66, n° 2 ; Taulier, I, p. 295.

4 L'opposant qui ne saurait pas signer, devrait constituer, par acte notarié, un mandataire chargé de remplir en son nom cette formalité.

5 Cpr. Delvincourt, sur l'art. 66 ; Duranton, II, 209 ; Vazeille, I, 171.

l'une des communes où les publications ont été faites[6]. Ce fonctionnaire vise l'original de l'acte d'opposition. Art. 66.

L'acte d'opposition doit, à peine de nullité et d'interdiction de l'huissier qui l'aurait signifié, contenir : 1° l'énonciation de la qualité en vertu de laquelle l'opposant prétend avoir le droit de former opposition au mariage[7]; 2° l'indication des motifs sur lesquels l'opposition est fondée, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant; 3° une élection de domicile dans la commune où le mariage doit être célébré[8]. Art. 176.

§ 456.

Continuation. — Des suites juridiques de l'opposition.

L'officier de l'état civil n'est juge du mérite de l'opposition, ni sous le rapport du fond et de la qualité de l'opposant, ni même sous celui de la forme[1].

[6] Arg. art. 66, 67, 69 et 76, n°s 6 et 7. Proudhon, I, p. 424. Duranton, II, 210. Demolombe, III, 120. Zachariæ, § 460, texte et note 4. Cpr. Vazeille, I, 172.

[7] Delvincourt, I, p. 121. Duranton, II, 207. Zachariæ, § 460, texte et note 5. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 1 sur l'art. 176.

[8] *Quid*, si cette commune est inconnue, à raison de la circonstance que les futurs époux habitent deux communes différentes, ou à raison de la faculté laissée aux parties de se marier, non-seulement dans la commune où elles ont leur domicile général, mais encore dans celle où elles résident depuis six mois ? Cpr. art. 74. Il semble qu'il suffise d'élire domicile dans la commune que les publications indiquent comme devant être le lieu de la célébration; et si les publications sont muettes sur ce point, soit dans la commune où se trouve domicilié l'époux contre lequel l'opposition est dirigée, soit dans la commune où il réside depuis six mois. Cependant, pour plus de sûreté, l'opposant fera bien d'élire domicile dans les différentes communes où le mariage peut être célébré. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, IV, p. 353, n° 31); Locré, sur l'art. 176: Delvincourt, I, p. 121; Toullier, I, 587, à la note; Duranton, II, 208 et 210; Vazeille, 1, 170; Demolombe, III, 156; Zachariæ, § 460, texte et note 6; Douai, 15 novembre 1841, Sir., 41, 2, 311.

[1] Contrairement à la proposition émise au texte, Merlin enseigne (*Rép.*, v° Opposition à un mariage, quest. 1 sur l'art. 177) que si l'opposition est nulle en la forme, l'officier de l'état civil ne doit pas s'y arrêter. Mais son opinion a été généralement rejetée. Voy. Duranton, II, 203; Coin-Delisle, *Des actes de*

L'officier de l'état civil auquel a été notifiée une opposition, doit donc suspendre la célébration du mariage, jusqu'à ce que la main-levée en ait été régulièrement consentie [2], ou judiciairement prononcée. Cependant le mariage auquel l'officier de l'état civil aurait procédé au mépris d'une opposition, ne serait pas pour cela seul entaché de nullité, si d'ailleurs il réunissait toutes les conditions extrinsèques et intrinsèques nécessaires à sa validité [3]. L'officier de l'état civil serait seulement passible d'une amende de trois cents francs, et responsable de tous les dommages occasionnés par suite de son infraction. Art. 68.

Du reste, la loi, pour assurer d'autant mieux l'effet des oppositions, ordonne à l'officier de l'état civil entre les mains duquel il en a été formé, d'en faire mention sommaire, ainsi que des jugements ou actes de main-levée, dans le registre des publications, et d'indiquer également les unes et les autres dans l'acte de célébration, ou d'y énoncer qu'il n'y a point eu d'opposition. Art. 67, 69 et 76, n° 7.

l'état civil, sur l'art. 68, n° 1; Rieff, *Des actes de l'état civil,* n°s 167 et 179; Taulier, I, p. 296; Zachariæ, § 459, texte *in fine*. Voy. aussi : Richelot, I, p. 242, note 6; Marcadé, sur l'art. 176, n° 2; Demolombe, III, 163. Toutefois, ces derniers auteurs pensent que, si l'opposition était manifestement irrecevable, irrégulière, ou mal fondée, et qu'il ne pût pas s'élever de doutes sérieux à cet égard, l'officier de l'état civil pourrait et devrait même passer outre. Ce tempérament, qui laisserait l'officier de l'état civil juge, dans une certaine mesure d'ailleurs mal définie, du mérite de l'opposition, nous paraît également contraire au texte et à l'esprit de l'art. 68. Nous n'admettrions d'exception à la règle posée au texte, que dans le cas où il s'agirait d'une déclaration d'opposition purement verbale ou contenue dans une simple lettre missive, auquel cas on peut dire qu'il n'existe véritablement pas d'opposition dans le sens de la loi.

[2] La main-levée de l'opposition peut être volontairement consentie par l'opposant. Arg. art. 67. Delvincourt, I, p. 123. Demolombe, III, 164. Toutefois, si elle ne faisait pas disparaître l'empêchement légal en vertu duquel l'opposition a été formée, l'officier de l'état civil devrait, malgré la main-levée, se refuser à procéder à la célébration du mariage. Cpr. § 453, texte et note 3. Proudhon, I, p. 426. Zachariæ, § 461, texte et note 1re.

[3] Marcadé, sur l'art. 178, n° 2. Demolombe, III, 170 et 172. Zachariæ, § 461, texte et note 3.

§ 457.

Continuation. — De la demande en main-levée de l'opposition.

Le droit de demander la main-levée d'une opposition, ne compète qu'au futur époux contre lequel l'opposition a été dirigée[1]. Il s'ouvre par le fait même de l'opposition et peut être immédiatement exercé, alors même que l'opposition émanerait d'un ascendant, et que les délais que comportent les actes respectueux, ne seraient point encore expirés[2].

La demande en main-levée de l'opposition peut être portée, soit devant le tribunal du domicile spécial que l'opposant a élu[3], ou qu'il a dû élire[4], dans son acte d'opposition, soit devant le tribunal de son domicile général[5].

[1] Delvincourt, I, p. 123. Duranton, II, 209. Vazeille, I, 171. Demolombe, III, 165. Zachariæ, § 462, texte *in principio*.

[2] Grenoble, 27 mai 1845, Sir., 46, 2, 399.

[3] Le but de l'élection de domicile prescrite par l'art. 176, est de donner au futur époux contre lequel l'opposition est dirigée, le moyen d'obtenir main-levée de l'opposition, sans être obligé d'aller chercher l'opposant à des distances souvent très-éloignées. Cette élection de domicile est attributive de juridiction. Cpr. art. 111 ; Code de procédure, art. 59, al. 9; §§ 142 et 146. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 454 et 455, n° 13). Locré, sur l'art. 176. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 1 sur l'art. 177. Proudhon, I, p. 427. Duranton, II, 212. Vazeille, I, 174. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 173. Chardon, *Puissance paternelle*, n° 249. Allemand, I, p. 321 et suiv. Demolombe, III, 157. Demante, *Cours*, I, p. 347. Zachariæ, § 462, texte *ad* note 1re. Paris, 19 octobre 1809, Sir., 29, 2, 231, à la note. Bruxelles, 6 décembre 1830, Sir., 31, 2, 58. Bordeaux, 7 janvier 1840, Sir., 40, 2, 249. Paris, 27 mars 1841, Sir., 41, 2, 432. Douai, 15 novembre 1841, Sir., 42, 2, 301. Orléans, 28 août 1845, Pal., 1845, 2, 355. Req. rej., 5 juillet 1859, Sir., 59, 1, 451. Cpr. Rouen, 7 décembre 1859, Sir., 60, 2, 589. Voy. en sens contraire : Paris, 23 mars 1829, Sir., 29, 2, 231.

[4] Si l'opposant avait négligé d'élire domicile dans la commune où le mariage doit être célébré, sa négligence ne pourrait priver le demandeur en main-levée d'opposition, du droit de porter sa demande devant le tribunal auquel la loi a implicitement attribué juridiction ponr y statuer. Merlin, *Rép., v° et loc. citt.* Demolombe, III, 165.

[5] Code Napoléon, art. 111, cbn. Code de procédure, art. 59, al. 9. Proudhon, *loc. cit.* Duranton, II, 212. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 462, note 1re. Cpr. § 146, texte et note 17.

Cette demande est dispensée du préliminaire de conciliation[6], et doit être jugée, tant en première instance qu'en appel, avec une grande célérité. Art. 177 et 178[7]. Elle se porte, sur appel, en audience ordinaire, à moins qu'elle ne soit connexe à une demande de nature à être jugée en audience solennelle, auquel cas elle suit le sort de cette dernière[8].

L'arrêt qui statue sur une pareille demande, peut être déféré à la Cour de cassation. Mais, conformément à la règle générale reçue en matière civile, le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui a donné main-levée de l'opposition, n'est pas suspensif; de telle sorte que l'officier de l'état civil ne peut refuser de passer outre à la célébration du mariage[9]. Que si l'arrêt de main-levée venait à être cassé, la célébration à laquelle il aurait été procédé en vertu de cet arrêt, devrait être considérée comme non avenue ou comme dépourvue de tout effet civil[10].

6 Arg. art. 177 et 178 cbn. Code de procédure, art. 49, n° 2. Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 177. Proudhon, *loc. cit.* Delvincourt, I, p. 123. Vazeille, I, 173. Zachariæ, § 462, texte et note 2. Angers, 4 prairial an XI, Sir., 6, 2, 398. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116.

7 Cpr. sur ces articles: Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 4, quest. 1 sur l'art. 178, et *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 14; Proudhon, *loc. cit.*; Duranton, II, 211 à 214; Vazeille, I, 175; Nîmes, 30 décembre 1806, Sir., 7, 2, 1050.

8 Req. rej., 23 mai 1860, Sir., 60, 1, 958. Req. rej., 22 mai 1864, Sir., 64, 1, 267.

9 Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 178. Vazeille, I, 176. Marcadé, sur l'art. 178, n° 1. Chardon, *Puissance paternelle*, n° 260. Allemand, I, 306. Demolombe, III, 169. Rieff, *op. cit.*, n° 75. Demante, *Cours*, I, 255 *bis*, II. Zachariæ, § 462, texte et note 4. Paris, 19 décembre 1815, Sir., 16, 2, 343. Lyon, 15 février 1828, Sir., 29, 2, 86. Rouen, 7 décembre 1859, Sir., 60, 2, 589. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 123; Duranton, II, 158.

10 Dans le système qui maintiendrait une pareille célébration comme efficace et valable, sous la réserve seulement de l'action en annulation du mariage pour cause d'empêchement dirimant, la faculté que l'on reconnaît à l'opposant de se pourvoir en cassation, deviendrait complétement illusoire. Vainement dit-on à l'appui de ce système, qu'il faut assimiler le mariage célébré en vertu de l'arrêt qui a donné main-levée de l'opposition, à celui qui aurait été contracté au mépris d'une opposition non levée. Cette assimilation n'est point exacte. La défense faite à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration d'un mariage contre lequel existe une opposition non encore levée, et l'amende attachée à la violation de cette défense sont, pour la société et pour l'opposant, une garantie suffisante qu'il ne sera pas passé outre; et, si le contraire devait arriver, ce serait là un fait illégal et tout exceptionnel, dont on ne peut faire le point de départ d'un

Lorsque l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. Art. 179[11].

Le rejet de l'opposition formée par une personne, n'est point un obstacle à l'opposition ultérieure d'une autre personne. Il y a mieux, l'opposition qui a été rejetée comme nulle en la forme, peut être réitérée par la même personne au moyen d'un acte régulier[12].

Mais, si l'opposition avait été écartée comme non recevable par défaut de qualité dans la personne de l'opposant, elle ne pourrait plus être légalement réitérée; et le juge, saisi d'une seconde opposition formée par la même personne, devrait la rejeter sans nouvel examen[13], en ordonnant, s'il en était requis, l'exécution provisoire de son jugement, nonobstant appel ou nouvelle opposition[14]. Il en serait de même, si la première opposition avait été écartée comme mal fondée, bien qu'un nouveau moyen fût invoqué à l'appui de la

raisonnement par analogie, pour le cas où la célébration du mariage aurait eu lieu en vertu d'un arrêt qui avait à tort donné main-levée de l'opposition. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les époux, en poursuivant la célébration du mariage, malgré l'éventualité d'un pourvoi en cassation, ont agi à leurs risques et périls; que, d'un autre côté, ils pourront toujours invoquer le bénéfice des art. 201 et 202; et qu'enfin il leur sera loisible, si l'opposition est rejetée en définitive, de faire procéder à une nouvelle célébration. Marcadé, sur l'art. 178, n° 2. Voy. en sens contraire: Demolombe, III, 170.

11 Cpr. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n° 36); Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, sur l'art. 179.

12 En partant de l'idée que l'officier de l'état civil n'est pas plus juge du mérite d'une seconde opposition que d'une première, on est amené à reconnaître qu'aux tribunaux seuls il appartient d'y statuer. Or, on ne trouve aucune disposition qui attache au rejet pour vice de forme d'une première opposition, la déchéance de la faculté de la renouveler; et les principes généraux sur l'autorité de la chose jugée repoussent une pareille conséquence. Ce système, on ne saurait le méconnaître, peut donner lieu à de graves abus, à des retards préjudiciables, que la loi a précisément cherché à prévenir. Mais, en l'absence d'un texte positif, il ne saurait être permis de restreindre l'exercice d'une faculté légale, à raison des abus que cet exercice peut entraîner. Delvincourt, I, p. 122. Duranton, II, 206. Vazeille, I, 177. Demolombe, III, 176. Zachariæ, § 462, texte et note 7. Voy. en sens contraire: Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 2 sur l'art. 176; Liége, 26 décembre 1812, Sir., 13, 2, 379.

13 Cette proposition, qui découle des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée, ne nous paraît susceptible d'aucune controverse.

14 Code de procédure, art. 135, et arg. de cet art. Demolombe, *loc. cit.*



seconde opposition[15]. Il est, du reste, bien entendu que si, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'opposition avait révélé l'existence d'un empêchement légal au mariage, le tribunal pourrait le signaler à l'officier de l'état civil, et se borner à donner main-levée de l'opposition, sans ordonner qu'il fût passé outre à la célébration du mariage[16].

§ 458.

3. *Des demandes en nullité de mariage, en général. — Des exceptions qui peuvent y être opposées.*

1° Conformément au principe général énoncé au § 37, un mariage entaché de nullité reste efficace, tant que l'annulation n'en a pas été prononcée par le juge, sur la demande ou l'exception intentée ou proposée devant lui à cet effet[1].

Il n'existe point, en matière de mariage, de nullités virtuelles. Les seules causes qui autorisent à provoquer l'annulation d'un mariage, sont celles à raison desquelles la loi a textuellement ouvert une action en nullité[2].

15 Voy. en sens contraire : Demolombe, *loc. cit.* Le savant auteur nous semble avoir fait erreur, en considérant les divers empêchements qui peuvent être invoqués à l'appui d'une opposition, comme constituant autant de *causes* différentes, dans le sens attribué à cette expression en matière d'exception de chose jugée. En réalité, le fondement immédiat et direct du droit d'opposition réside uniquement dans la disposition légale qui le concède ; et les empêchements que l'opposant fait valoir à l'appui de son opposition, ne constituent que des moyens propres à la faire maintenir. Or, la diversité de ces moyens n'entraîne pas diversité de causes (*hoc sensu*). Cpr. § 769, texte n° 2, lett. *c*.

16 L'officier de l'état civil, instruit de l'existence de l'empêchement qui lui aura été dénoncé, devra refuser de procéder à la célébration du mariage, et de cette manière tous les intérêts se trouveront conciliés. Cpr. § 453, texte et note 3. Proudhon, I, p. 426. Duranton, *loc. cit.* Taulier, I, p. 295. Demolombe, III, 173.

1 Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 437 à 439, n°s 8 à 11) ; et § 450. Demolombe, III, 343. Zachariæ, § 463, texte *in principio*.

2 L'économie des art. 180 et suiv. du Code Napoléon, placés sous le chap. IV, intitulé *Des demandes en nullité de mariage*, démontre, jusqu'à l'évidence, l'intention du législateur de n'admettre, dans la matière qui nous occupe, que des nullités littérales. Locré, III, p. 201. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6 sur l'art. 184. Demolombe, III, 335. Zachariæ, § 458, texte et note 3. Cpr. Toullier, I, 651 ; Vazeille, I, 100 ; Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., 12, 1, 46 ; Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. Voy. en sens contraire : Delvincourt, 1, p. 125 et 126 ; Proudhon et Valette, I, p. 404 et 405.

D'un autre côté, le droit de demander, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, l'annulation d'un mariage, n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi l'a formellement accordé[3]. Sous ce rapport, on divise les nullités de mariage en absolues ou relatives, suivant que la loi reconnait généralement à toute personne intéressée, ou qu'elle réserve à certaines personnes spécialement désignées, le droit de les proposer[4].

Le droit de demander l'annulation d'un mariage entaché de nullité, n'emporte pas nécessairement, en faveur de la personne au profit de laquelle il existe, le droit inverse de faire déclarer, par voie d'intervention ou d'appel, la validité d'un mariage qui serait indûment attaqué, ou qui aurait été mal à propos annulé[5]. Il en est ainsi, même pour le ministère public : quoique autorisé à demander l'annulation de tout mariage entaché d'une nullité absolue, il n'a pas le droit d'interjeter appel et de demander la réformation d'un jugement qui, contrairement à ses conclusions, aurait prononcé la nullité d'un mariage[6].

[3] Les observations présentées à la note précédente justifient également cette proposition. Cpr. § 450, texte *in fine*. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 184. Zachariæ, § 463, texte et note 2. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., 21, 1, 157. Douai, 12 juillet 1838, Sir., 39, 2, 256. Req. rej., 12 novembre 1839, Sir., 39, 1, 826. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. Colmar, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 488. Voy. cep. Vazeille, I, 239 et 240.

[4] Il résulte de la discussion au Conseil d'État (Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 371 à 374, n°s 6 à 8 ; p. 378, n° 14 ; p. 406, n° 2) que, si les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir employer les expressions *nullités absolues et nullités relatives*, qui, en effet, appartiennent plutôt à la doctrine qu'à la législation, ils les ont cependant considérées comme rendant d'une manière très-nette l'idée de la distinction consacrée par les art. 180 et 182, d'une part, et par les art. 184 et 191, d'autre part.

[5] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 3, n°s 1 et 2.

[6] Vainement dirait-on que ce droit doit appartenir au ministère public, comme étant chargé de poursuivre l'exécution des lois, dans les matières qui intéressent l'ordre public. Ainsi que nous l'avons déjà démontré à la note 27 du § 454, le ministère public n'a, au civil, la voie d'action, que dans les cas spécifiés par la loi ; et il n'existe aucune disposition qui la lui confère dans l'hypothèse dont s'agit. Duvergier, sur Toullier, I, p. 372, note 2. Allemand, I, 517. Civ. cass., 1er août 1820, Sir., 21, 1, 154. Civ. cass., 5 mars 1821, Sir., 21, 1, 197. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 648 ; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 3, n° 3 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 444 ; Demolombe, III, 312 ; Bruxelles, 1er août 1808, Sir., 8, 2, 273 ; Pau, 28 janvier 1809, Sir., 9, 2, 241 ; Paris,

Les demandes en nullité de mariage, constituant des questions d'état, doivent être jugées sur appel en audience solennelle, à moins que la nullité n'ait été proposée que par voie incidente[7].

2° Un mariage, entaché dans son origine d'un vice de nature à en entraîner l'annulation, peut, en certains cas, être validé par un événement postérieur qui en efface la nullité.

Les nullités relatives sont toutes susceptibles de se couvrir, soit au moyen de la confirmation du mariage par les personnus dans l'intérêt desquelles ces nullités ont été établies[8], soit au moyen de la prescription[9].

Au contraire, les nullités absolues ne peuvent, en général[10], être effacées par quelque laps de temps, ni par quelque événement que ce soit[11]. Mais, si ces nullités ne sont pas en elles-mêmes susceptibles de se couvrir, rien n'empêche cependant que l'action accordée pour les faire valoir ne puisse, en certains cas, être écartée au moyen d'une fin de non-recevoir fondée, non sur la disparition du vice dont le mariage se trouve entaché, mais sur un motif particulier au demandeur en nullité. C'est ce qui a lieu, notamment, toutes les fois que la personne qui demande la nullité du mariage, est sans intérêt à la faire déclarer[12]. Ainsi, les personnes auxquelles la loi donne, dans un intérêt purement pécuniaire, le droit de demander l'annulation d'un mariage, sont non recevables à la faire prononcer, lorsqu'elles ont régulièremenf renoncé aux droits à rai-

13 août 1851, Sir., 51, 2, 465. Cpr. Delvincourt, I, p. 149; Duranton, II, 344; Vazeille, I, 255. Ces derniers auteurs s'attachent plutôt à critiquer la loi, qu'à combattre l'interprétation que lui a donnée la Cour de cassation.

7 Req. rej., 26 juillet 1865, Sir., 65, 1, 391.

8 Cpr. art. 181 et 183; § 462, texte et notes 17 et 18, 50 à 54.

9 Le temps requis pour la prescription est, tantôt d'un an (cpr. art. 183), tantôt de trente ans. Cpr. § 462, note 19.

10 Nous ne connaissons qu'une seule exception à cette règle, c'est celle qu'indique l'art. 185. Dans les hypothèses prévues par les art. 186 et 196, la nullité du mariage n'est point couverte en elle-même, malgré la fin de non-recevoir au moyen de laquelle peut être écartée l'action de la personne qui la fait valoir.

11 Sauf l'exception indiquée dans la note précédente, ces nullités sont donc irréparables et perpétuelles. Demolombe, III, 313 à 315. Cpr. pour les développements et les applications de cette proposition : § 461, texte et notes 32 à 38; § 468, texte et note 30.

12 Cpr. art. 187 et 190.

son desquels elles auraient eu intérêt à la faire valoir, ou lorsque ces droits se trouvent éteints par la prescription[13].

§ 459.

Des effets de l'annulation du mariage.

Le jugement qui prononce l'annulation d'un mariage fait, en règle générale[1], évanouir, d'une manière rétroactive[2], tous les effets juridiques découlant du mariage comme tel.

Mais un pareil jugement ne saurait avoir pour conséquence d'anéantir les droits et les obligations attachés à l'union des époux considérée comme un simple fait, c'est-à-dire comme dépourvue du caractère juridique au point de vue duquel elle a été annulée. Ainsi, l'annulation d'un mariage laisse subsister les rapports résultant de la société de biens qui de fait a pu exister entre les époux[3], et l'affinité naturelle que leur commerce a produite[4].

D'un autre côté, l'annulation d'un mariage n'enlève pas aux enfants qui sont nés pendant sa durée ou dans les dix mois de son annulation, le droit de prouver leur filiation, tant paternelle que maternelle, à l'aide des moyens dont ils auraient pu faire usage, si le mariage avait été maintenu. La preuve ainsi faite constate d'une manière légale, en dehors de toute reconnaissance, leur état d'enfants naturels[5].

[13] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 11 ; sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184, quest. 3 sur l'art. 196 ; Demolombe, III, 333.

[1] Voy. au § 460, l'exception établie en faveur du mariage putatif.

[2] Arg. *a contrario*, art. 201 et 202. Cpr. § 37, texte et note 19. Toullier, I, 652. Demolombe, III, 344. Zachariæ, § 463, texte et note 3.

[3] Pothier, *De la communauté*, n° 497. Toullier, I, 655. Glasson, n° 163. Zachariæ, § 463, texte et note 5. Cpr. § 37, texte et note 21.

[4] Cpr. § 67, texte et note 10; § 461, texte, notes 12 et 13. Allemand, I, 57. Glasson, *loc. cit.* Zachariæ, § 463, texte et note 4. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 347.

[5] Demolombe, III, 345. Glasson, *loc. cit.* — Voy. cependant sur l'hypothèse où, malgré la grossesse de la femme pubère, le mariage est annulé pour cause d'impuberté du mari : Demolombe, III, 346. — Marcadé (sur l'art. 202, n° 4) admet également en principe la proposition énoncée au texte; mais il en écarte à tort l'application pour le cas d'inceste ou d'adultère. Ce cas, en effet, est précisément un de ceux auxquels se réfèrent les art. 761 et 762, qui supposent une filiation incestueuse ou adultérine légalement constatée en dehors de toute reconnaissance volontaire ou forcée. Cpr. § 572.

Enfin, un mariage annulé doit, quant à l'application de l'art. 228, être placé sur la même ligne qu'un mariage valable, dissous par la mort du mari [6].

Du reste, les personnes dont le mariage a été annulé, peuvent valablement se remarier l'une avec l'autre, à moins que l'empêchement dirimant à raison duquel l'annulation en a été prononcée, ne subsiste encore [7].

§ 460.

Du mariage putatif.

On appelle mariage putatif un mariage qui, dans la réalité, se trouve entaché de nullité, mais que les deux époux, ou l'un d'eux, ont cru valable en le contractant.

Par exception au principe énoncé au paragraphe précédent, le mariage putatif dont l'annulation a été prononcée, n'en produit pas moins, tant au profit des enfants qu'au profit des époux ou de l'époux de bonne foi, tous les effets juridiques attachés à un mariage valable. Art. 201 et 202.

Cette exception, n'ayant été établie qu'en faveur des mariages qui se trouvent simplement entachés de nullité, est, en thèse générale, étrangère aux unions qui ne présenteraient pas les caractères essentiels à l'existence d'un mariage [1]. Ainsi, par exemple, cette

6 Cpr. § 463, texte n° 3, et note 4.

7 Glasson, *loc. cit.* Zachariæ, § 463, texte et note 7.

1 Cette proposition, que nous avons empruntée à Zachariæ (§ 465, texte *in principio*), paraît également admise, en principe, par M. Demolombe (III, 355). Toutefois, ces auteurs ne pensent pas qu'on doive la pousser jusque dans ses dernières conséquences, parce que, disent-ils, la distinction entre le mariage non existant et le mariage simplement annulable, n'a pas toujours été rigoureusement suivie par le législateur. Cette observation peut être fondée en ce sens que les rédacteurs du Code se sont bornés, par des motifs d'utilité pratique, à ouvrir une simple action en nullité dans certaines hypothèses où, à la rigueur et d'après les principes du droit philosophique, ils auraient dû considérer le mariage comme non existant. Mais il n'en demeure pas moins certain qu'ils ont reconnu la nécessité de la distinction dont il s'agit; et, de fait, on est bien forcé de l'appliquer aux unions qui n'offrent pas les véritables caractères d'un mariage, et contre lesquelles la loi n'ouvre cependant aucune action en nullité. Or, rien ne prouve que le législateur n'ait pas entendu consacrer, pour de pareilles unions, toutes les conséquences qui découlent de leur non-existence comme mariages civils, ni surtout qu'il ait voulu y étendre les dispositions exception-

exception ne peut être étendue, ni à l'union formée devant une personne qui n'était pas revêtue du caractère d'officier de l'état civil [2], ni à l'union contractée par un mort civilement [3].

nelles et de faveur des art. 201 et 202. Bien loin de là, le texte de ces articles, la place qu'ils occupent, la corrélation qui existe entre leurs dispositions et celles du même chapitre relatives aux demandes en nullité de mariage, tendent, au contraire, à démontrer que les rédacteurs du Code n'y ont eu en vue que les mariages simplemant annulables. D'ailleurs, une union destituée de toute existence légale mérite-t-elle autant de faveur qu'un mariage qui, quoique annulable, n'en produit pas moins tous les effets civils jusqu'au moment de son annulation, et ne faut-il pas, en pareil cas, appliquer la maxime de raison *Prius est esse quam operari?* — Suivant Marcadé (sur l'art. 201, nº 2), toute erreur *vraiment pardonnable* permettrait d'invoquer le bénéfice des art. 201 et 202, alors même qu'il s'agirait de mariages non-existants, par exemple d'un mariage que, par fraude, un greffier de mairie aurait célébré au lieu et place du maire. Et cependant cet auteur se prononce contre l'application des mêmes articles à l'union contractée devant un prêtre. Cette dernière solution ne se comprend guère dans son système, puisque l'erreur d'une jeune fille, d'une étrangère surtout, qui aurait cru se marier valablement devant un prêtre, pourrait être, suivant les cas, parfaitement excusable. Cpr. la note suivante.

[2] Par exemple, à l'union célébrée seulement devant un prêtre. Marcadé, sur l'art. 202, nº 2. Demolombe, III, 354. Bourges, 17 mars 1830, Sir., 30, 2, 174. Voy. cependant en sens contraire : Paris, 18 décembre 4837, Sir., 38, 2, 113. Cpr. Req. rej., 11 août 1841, Sir., 41, 1, 616.

[3] Merlin, *Quest.*, vº Légitimité, § 5. Cpr. § 451, note 1. Voy. cependant en sens contraire : Toullier, I, 284 ; Duranton, II, 134, 135 et 136 ; Vazeille, I, 277 à 281 ; Magnin, *Des minorités*, I, 29 ; Fœlix, *Revue du Droit français et étranger*, 1845, II, p. 486, nº 12, p. 490, nº 17 ; Taulier, I, p. 321 et 322 ; Marcadé, sur l'art. 202, nº 1 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 350 ; Demolombe, III, 356 ; Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., 16, 1, 81 ; Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 211 ; Limoges, 5 janvier 1842, Sir., 42, 2, 484. Voy. aussi : Zachariæ, § 465, texte et note 2. L'opinion émise au texte n'est qu'une conséquence de la proposition que nous avons développée à la note 1 *supra* ; elle ne paraît pas pouvoir être contestée en stricte théorie, dès que l'on admet que le mariage contracté par un mort civilement doit être considéré comme non existant. En vain invoque-t-on, en sens contraire, la discussion au Conseil d'État, ou plutôt l'opinion individuelle qui y a été émise, puisque cette opinion a été implicitement rejetée par le retranchement de l'article qui ouvrait une action en nullité contre le mariage contracté par un mort civilement. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 369 et suiv., nºs 2 à 5 ; § 451, note 2. La doctrine contraire à la nôtre ne paraît s'être accréditée, soit au palais, soit à l'école, qu'en haine de la mort civile, et par suite de l'intérêt qu'inspiraient les femmes et les enfants des émigrés qui s'étaient mariés pendant leur émigration. C'est, en effet, dans de pareilles espèces qu'ont été rendus les arrêts cités en tête de la note.

Mais les dispositions des art. 201 et 202 s'appliquent à tous les mariages simplement annulables, peu importe que la cause de nullité réside dans un empêchement de fond, ou dans l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités prescrites pour la validité de la célébration [4].

La seule condition exigée pour qu'un mariage entaché de quelque nullité puisse être considéré comme putatif, est qu'il ait été contracté, soit par les deux époux, soit du moins par l'un d'eux, dans l'ignorance des vices qui en ont entraîné l'annulation [5]. Il suffit que cette ignorance, constitutive de la bonne foi, ait existé au moment de la célébration du mariage [6]. Il importe peu, du reste,

[4] Beaucoup d'auteurs enseignent qu'on ne doit appliquer les dispositions des art. 201 et 202 qu'aux mariages célébrés avec les formalités requises par la loi. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 1, n° 7; Toullier, I, 654, 655 et 657; Proudhon, II, p. 3 et 4; Duranton, II, 348 à 350; Vazeille, I, 272 et 274. Voy. aussi Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Cette proposition est trop absolue à notre avis. Il est bien évident que les dispositions des art. 201 et 202 ne peuvent s'appliquer à une union qui n'aurait pas été célébrée avec les solennités essentielles à l'existence d'un mariage; et c'est ce qu'on a jugé avec raison dans l'affaire rapportée par Merlin *(loc. cit.)*. Mais si le mariage existe, l'omission des formes simplement requises pour sa validité ne s'oppose pas nécessairement, et par elle-même, à l'application des art. 201 et 202, puisque ces articles, conçus en termes généraux, s'étendent sans distinction à tous les cas où le mariage a été annulé, soit pour vices de fond, soit pour vices de forme. Demolombe, III, 354.

[5] D'après Delvincourt (I, p. 144), Toullier (I, 654, 655, 658 et 659), Duranton (II, 348, 350 et 351), Vazeille (I, 272), et Zachariæ (§ 465, texte et note 4), il ne suffirait pas que cette ignorance existât en réalité, il faudrait en outre qu'elle fût excusable. Mais, comme les art. 201 et 202 n'exigent d'autre condition que la bonne foi, et que celle-ci consiste dans l'ignorance des vices dont le mariage se trouve entaché, on doit en conclure que cette ignorance est toujours digne d'excuse aux yeux de la loi, et qu'elle suffit par elle-même, indépendamment de toute autre condition, pour faire produire au mariage les effets civils. Demolombe, III, 358.

[6] C'est ce qui résulte bien évidemment des expressions *lorsqu'il a été contracté de bonne foi*, dont se sert l'art. 201. Proudhon, II, p. 5 et 6. Vazeille, I, 283. Duranton, II, 363. Marcadé, sur l'art. 202, n° 2. Duvergier, sur Toullier, I, 656, note 1. Demolombe, III, 360. Zachariæ, § 465, texte et note 5. On a cependant contesté l'application de la proposition émise au texte, en ce qui concerne la légitimité des enfants nés, postérieurement à la cessation de la bonne foi, d'un mariage annulé pour cause de bigamie ou d'inceste. Voy. texte et note 10 *infra*.

que la bonne foi soit le résultat d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit [7].

La bonne foi des époux doit, en général, se présumer, lorsqu'ils allèguent l'ignorance d'un fait [8]. Il en est autrement, lorsqu'ils prétendent avoir ignoré les disposition de la loi [9]. La présomption de bonne foi, au premier cas, et celle de mauvaise foi, au second cas, peuvent être efficacement combattues au moyen de simples présomptions, dont l'appréciation est entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge.

Que la bonne foi ait existé chez les deux époux, ou chez l'un d'eux seulement, le mariage putatif produit toujours, en faveur des enfants issus de leur commerce, tous les effets d'un mariage valable. Il leur confère notamment le droit de succéder, comme enfants légitimes, même à l'époux de mauvaise foi et à ses parents [10].

[7] *Lex non distinguit.* Cpr. § 28, texte, notes 4 à 6. Duvergier, sur Toullier, I, 658, note *a*. Marcadé, *loc. cit.* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 349. Demolombe, III, 357. Pochonnet, *Revue critique*, 1856, IX, p. 201. Zachariæ, § 465, texte et note 3. Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. Limoges, 25 août 1841, et 5 janvier 1842, Sir., 42, 2, 484. Metz, 7 février 1854, Sir., 54, 2, 659. Nîmes, 23 février 1858, Sir., 58, 2, 385. Aix, 11 mars 1858, Sir., 59, 2, 17. Paris, 9 février 1860, Sir., 60, 2, 65. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 144 ; Duranton, II, 351 ; Vazeille, I, 272 ; Proudhon, II, p. 3 et 4. Richefort, II, 210 ; Allemand, I, 607 ; Colmar, 14 juin 1838, Sir., 38, 2, 345 ; Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Dans ce dernier sens, on dit que l'erreur de droit ne peut constituer la bonne foi, parce que cette erreur n'est jamais excusable. Cette opinion, qui se rattache à celle que nous avons réfutée à la note 5 *supra*, repose d'ailleurs sur une fausse application de la maxime *Nemo jus ignorare censetur*, qui, comme nous l'avons déjà démontré, n'est pas exacte dans le sens absolu qu'on lui prête. Toute personne est, à la vérité, censée connaître la loi ; mais cette présomption n'est pas du nombre de celles qui ne peuvent, en aucun cas, être combattues par la preuve contraire. La question de savoir si les époux étaient ou non de bonne foi, présente toujours à juger un point de fait, pour la solution duquel on doit s'attacher aux circonstances particulières de chaque espèce, et notamment à la condition des époux.

[8] Nous ne fondons pas cette règle sur l'art. 2268, étranger à la matière qui nous occupe. Elle découle, à notre avis, de l'idée que nul ne doit être présumé avoir voulu sciemment contrevenir à la loi. Cpr. Delvincourt, I, p. 145 ; Merlin, *Rép.*, vº Légitimité, sect. I, § 1, nº 8 ; Marcadé, *loc. cit.* ; Demolombe, III, 359 ; Zachariæ, § 465, texte et note 6.

[9] *Nemo jus ignorare censetur.* Cpr. § 28. Voy. en sens contraire : Aix, 11 mars 1858, Sir., 59, 2, 17.

[10] *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 518, nº 56). Toullier,

Le mariage putatif produit ces effets, non-seulement au profit des enfants conçus en état de bonne foi, mais encore en faveur de ceux qui l'ont été après la cessation de la bonne foi, pourvu que leur conception soit antérieure à l'annulation du mariage. Il en est ainsi, alors même que le mariage a été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste [11].

D'un autre côté, le mariage putatif légitime les enfants nés antérieurement à sa célébration [12], pourvu que le commerce

I, 664 et 666. Proudhon, II, p. 5. Duranton, II, 364 et 365. Vazeille, I, 276. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 362. Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., 16, 1, 81.

11 Voy. en ce sens, les auteurs cités à la note 6 *supra*. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 145 ; Toullier, I, 656 ; Taulier, I, p. 321 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 349. La restriction que ces auteurs apportent, pour cette hypothèse, à l'application des dispositions de l'art. 201, est purement arbitraire. En présence du texte formel de cet article, elle ne saurait se justifier par la considération qu'il y a pour les époux devoir moral de se séparer, dès qu'ils sont instruits de l'état de bigamie ou d'inceste dans lequel ils vivent ; et cela d'autant moins, que les conséquences de l'infraction de ce devoir moral n'atteindraient pas les époux eux-mêmes, et ne retomberaient que sur des enfants qui en sont complétement innocents.

12 La légitimation étant un des effets civils et immédiats du mariage, elle doit résulter d'un mariage putatif, tout comme d'un mariage valable. En vain se prévaut-on, pour soutenir le contraire, des termes de l'art. 202, *enfants issus du mariage*. Ces termes, en effet, ne figurent pas dans l'art. 201, où se trouve cependant établi le principe général sur les effets du mariage putatif. En s'en tenant exclusivement à ce dernier article, l'exactitude de la proposition que nous avons émise, ne saurait être contestée. Or, comme l'art. 202 a eu pour unique objet de refuser à l'époux de mauvaise foi, le bénéfice des effets civils du mariage, les mots *enfants issus du mariage*, ne peuvent être considérés que comme simplement énonciatifs ; et il serait contraire aux règles d'une saine interprétation d'en faire ressortir, au détriment des enfants, une restriction au principe général posé dans l'art. 201. Nous ajouterons qu'il est à supposer que l'époux de bonne foi a été amené à se marier par le désir de procurer à ses enfants naturels le bienfait de la légitimation, et qu'en rejetant cette légitimation, on refuserait à cet époux lui-même, l'avantage le plus important peut-être qu'il attendait de son union. En vain dit-on également qu'il n'y a pas de bonne foi à vivre dans le concubinage. Qu'est-ce, en effet, que la bonne foi dans la matière qui nous occupe ? C'est l'ignorance, au moment de la célébration, des vices dont le mariage se trouve entaché. Un concubinage antérieur au mariage n'exclut donc pas la bonne foi exigée par les art. 201 et 202. D'ailleurs, l'argument fondé sur cette objection prouverait trop ; il conduirait à refuser le bénéfice de la légitimité aux enfants nés, il est vrai, pendant le mariage putatif, mais dont la conception re-

dont ils sont issus n'ait été entaché ni d'adultère ni d'inceste [13].

Lorsque les deux époux sont de bonne foi, le mariage putatif engendre encore, en faveur de l'un et de l'autre, tous les effets qu'aurait produits un mariage valablement formé, dont la dissolution se serait opérée au moment où a été rendu le jugement qui en a prononcé l'annulation. Ainsi, les conventions matrimoniales des conjoints reçoivent leur pleine et entière exécution. Les droits respectifs des parties sur la communauté et sur leurs biens personnels, se déterminent et se liquident comme au cas où un mariage valable vient à se dissoudre; et ce, dans l'état où se trouvaient les choses au moment du jugement qui a prononcé l'annulation du mariage [14]. Les deux époux conservent respectivement les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage, pour les exercer aux conditions et aux époques auxquelles ces avantages se seraient

monterait à une époque antérieure : la légitimité de ces enfants ne pouvant être que le résultat d'une fiction analogue à celle sur laquelle repose la légitimation, le rejet de cette fiction entraînerait nécessairement leur illégitimité. Delvincourt, I, p. 145 et 146. Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 321. Duranton, II, 356. Valette, sur Proudhon, II, p. 171 et 172. Duvergier, sur Toullier, I, 657, note *a*. Marcadé, sur l'art. 202, n° 3. Taulier, I, p. 410 et 411. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 476. Demolombe, III, 366. Zachariæ, § 465, texte et note 8, et § 548, note 2. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 4; Proudhon, II, p. 170 et 171 ; Toullier, I, 657; Vazeille, I, 257.

[13] La raison en est qu'un mariage, même valable, ne peut légitimer les enfants issus d'un commerce incestueux ou adultérin. Art. 331. En vain ces enfants allégueraient-ils que leurs parents ignoraient le vice d'adultère ou d'inceste dont se trouvait infecté le commerce qui leur a donné naissance : la loi, en défendant la légitimation des enfants incestueux ou adultérins, n'a point fait d'exception à ce principe, en faveur de la bonne foi des concubins, adultères ou incestueux. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 354 et 355. Marcadé et Taulier, *locc. citt.* Demolombe, III, 365.

[14] *Non obstat* art. 1445. La disposition de cet article ne peut fournir, dans l'hypothèse qui nous occupe, aucun argument d'analogie. Il n'est pas actuellement question, comme en matière de séparation de biens, de fixer le moment auquel cessera un régime matrimonial valablement établi ; il s'agit de déterminer l'époque jusqu'à laquelle le régime adopté par les époux continuera, en considération de leur bonne foi, à recevoir application, malgré la nullité dont il se trouve entaché. Or, cette bonne foi doit opérer ses effets quant aux biens, aussi longtemps qu'elle les produit en ce qui concerne les rapports personnels des époux. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 368. Cpr. Toullier, I, 661 ; Duranton, II, 368.

ouverts, si le mariage avait été valablement contracté[15]. Ils ont aussi le droit de retenir les avantages que des tiers leur auraient faits en vue du mariage[16]. Enfin, les deux époux conservent, sur la personne et sur les biens de leurs enfants, tous les droits attachés à la paternité et à la maternité légitimes. Mais ils perdent le droit éventuel de successibilité établi au profit du conjoint survivant, par l'art. 767[17].

Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en sa faveur. Il peut donc demander que la liquidation de ses droits s'opère, soit d'après les dispositions du contrat de mariage, s'il en existe un, ou d'après les règles de la communauté légale, s'il n'en existe pas, soit d'après les principes ordinaires des sociétés[18].

La femme de mauvaise foi n'a pas d'hypothèque légale à exercer sur les biens de son mari. Mais elle jouit toujours, même à l'égard de ce dernier, du droit de renoncer à la communauté ou à la société de fait à laquelle le mariage a donné lieu[19].

15 Cpr. art. 1093 et 1517. Proudhon, II, p. 4. Toullier, *loc. cit.* Duranton, II, 367. Vazeille, I, 284. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 369.

16 *Non obstat* art. 1088 : *Non est eadem ratio.* D'ailleurs, la généralité des termes dont se servent les art. 201 et 202, n'admet aucune distinction.

17 Le droit de successibilité n'appartenant qu'au conjoint survivant, c'est-à-dire à la personne qui se trouve encore, au moment du décès, unie au défunt par le lien du mariage, doit nécessairement s'éteindre par l'annulation antérieure de ce lien. Si le conjoint divorcé est privé de ce droit, quand même le divorce aurait été prononcé sur sa demande, et en sa faveur, à plus forte raison doit-il en être de même de l'époux dont le mariage a été précédemment annulé. Cpr. § 606, texte et note 6. Delvincourt, II, p. 68. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 767, nº 5. Duranton, II, 369. Vazeille, I, 284. Marcadé, sur l'art. 202, nº 2. Demolombe, III, 370.

18 Ce droit d'option est une conséquence du principe que l'époux de bonne foi peut seul réclamer les effets civils du mariage. Mais s'il opte pour une liquidation à faire d'après les dispositions du contrat de mariage, ou d'après les règles de la communauté légale, il n'est point admis à scinder ces dispositions ou ces règles, pour n'adopter que celles qui lui sont favorables et rejeter les autres. Il ne peut, par conséquent, priver l'époux de mauvaise foi de sa part aux acquets. Cpr. Toullier, I, 663; Duranton, II, 371 et 372; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 60 et suiv.; Demolombe, III, 375.

19 La faculté de renoncer doit être accordée à la femme, comme une conséquence des pouvoirs exclusifs et pour ainsi dire illimités que le mari aura de fait exercés, en sa qualité de chef de la communauté. Duranton, II, 571. Demolombe, III, 374.

L'époux de bonne foi conserve les avantages que l'époux de mauvaise foi lui a faits par contrat de mariage, sans que ce dernier puisse réclamer ceux dont le premier l'a gratifié, encore qu'ils aient été stipulés réciproques [20]. L'époux de mauvaise foi a cependant, s'il existe des enfants, le droit de retenir les avantages que des tiers lui auraient faits en vue du mariage [21]. D'un autre côté la survenance d'enfants issus d'un mariage putatif opère la révocation des donations faites par l'un des époux à un tiers, sans qu'il y ait à distinguer, si l'époux donateur était de bonne foi ou s'il était de mauvaise foi [22].

L'époux de bonne foi conserve, sur la personne et sur les biens de ses enfants, tous les droits qui découlent de la paternité et de la maternité légitimes. L'époux de mauvaise foi en est, au contraire, privé. Ainsi, par exemple, il est exclu de la succession légale de ses enfants ; mais cette exclusion lui est personnelle, et ne s'étend pas à ses parents, en faveur desquels on doit nécessairement admettre le principe de la réciprocité [23].

Les difficultés que présente la liquidation des droits des deux femmes d'un bigame, lorsqu'elles se sont mariées l'une et l'autre sous le régime de communauté, doivent, à notre avis, être résolues de la manière suivante : Les droits de la première femme sont à règler comme s'il n'existait pas de second mariage, et qu'il ne se fût formé entre le mari et la seconde femme qu'une société ordinaire. Elle pourra donc réclamer la moitié de la communauté, telle qu'elle existera au jour de sa dissolution, sous déduction toutefois

20 Cpr. art. 299 et 300. Delvincourt, I, p. 144. Proudhon, II, p. 5. Toullier, I, 662. Duranton, II, 370. Vazeille, I, 284. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 376.

21 Cela ne peut souffrir aucune difficulté pour les donations de biens à venir, ou de biens présents et à venir, puisque la loi exprime formellement qu'elles sont censées faites, tant dans l'intérêt des enfants à naître du mariage, que dans celui des époux Art. 1082, 1084 et 1089. La proposition émise au texte doit également être admise quant aux donations de biens présents, puisqu'elles ne sont pas faites dans l'intérêt exclusif de l'époux donataire, mais en faveur du mariage, et que ce serait priver les enfants qui en sont issus et l'autre époux d'une partie des effets civils que l'union, quoique annulée, doit produire à leur profit. Demolombe, III, 381 et 382.

22 Voy. pour le développement de cette proposition : § 709, texte n° 4.

23 Duranton, II, 366. Vazeille, I, 282. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 372. Zachariæ, § 465, texte et note 9.

des reprises de la seconde femme, et d'une part proportionnelle aux apports de celle-ci dans les acquets faits depuis le second mariage. Quant à la seconde femme, en la supposant de bonne foi, elle prendra la moitié de la communauté, telle qu'elle existera au jour de l'annulation ou de la dissolution de son mariage, sous déduction cependant des droits de la première femme, fictivement liquidés au jour de la célébration de ce mariage, et d'une part proportionnelle à ces droits dans les acquets faits depuis cette époque[24].

B. SPÉCIALITÉS.

1. *Des empêchements de mariage.*

a. *Des empêchements dirimants.*

§ 461.

Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité absolue.

1° *Énumération de ces empêchements.*

Ils résultent de l'absence de l'une ou de l'autre des trois conditions suivantes :

24 Le système que nous proposons est, quant à la liquidation des droits de la première femme, conforme à l'opinion de Marcadé (sur l'art. 202, n° 4) ; mais il en diffère quant au règlement de ceux de la seconde. Suivant cet auteur, en effet, la seconde femme prendrait la moitié de la communauté, telle qu'elle existe au jour de l'annulation ou de la dissolution de son mariage, sans aucune déduction préalable en raison des droits de la première femme. Mais ce procédé, d'après lequel on fait entrer comme actif net dans la communauté formée avec la seconde femme, l'intégralité des valeurs dont le mari se trouve détenteur, en qualité de chef de la communauté formée avec la première femme, est évidemment inadmissible. Les droits de celle-ci sur le fonds commun, détenu par le mari au moment de la célébration du second mariage, constituent tout au moins un passif à la charge de ce dernier, passif dont il faut nécessairement tenir compte pour fixer le montant réel de son apport dans la communauté formée par suite de ce mariage. Cpr. Demolombe, III, 377 ; Bordeaux, 15 mai 1852, Sir., 52, 2, 609. — Un autre système a été proposé par Toullier (I, 608), Vazeille (I, 285) et Duranton (III, 373). D'après ces auteurs, la liquidation devrait se faire comme s'il était question de deux sociétés contractées entre personnes

Les époux doivent avoir atteint l'âge requis pour contracter mariage. Cet âge est de dix-huit ans accomplis pour les hommes, et de quinze ans accomplis pour les femmes [1]. Art. 144.

Les époux doivent être libres de tout lien conjugal antérieur. Nul ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Art. 147 cbn. 227.

Cette dissolution, qui ne résulte plus aujourd'hui que de la mort naturelle de l'un des conjoints, pouvait également s'opérer, jusqu'à la loi du 8 mai 1816, par un divorce légalement prononcé [2], et se trouvait en outre attachée, jusqu'à la loi du 31 mai 1854, à la mort civile encourue par l'un des époux [3].

La nullité d'un premier mariage pouvant être proposée comme exception préjudicielle à la demande en annulation dirigée contre le second, il en résulte que l'empêchement produit par l'existence

étrangères, et dont la durée se trouverait déterminée par la cohabitation du mari avec chacune de ses femmes. Ce système, qui léserait évidemment les droits de la première femme, est réfuté d'une manière péremptoire dans l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux.

1 Voy. cep. art. 145; et § 453, texte *in fine*.

2 La loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce pour l'avenir, n'a pas défendu aux époux régulièrement divorcés avant sa promulgation, de se remarier ultérieurement. En ne restreignant aux effets de la séparation de corps, que les arrêts et jugements restés sans exécution par suite de la non-prononciation du divorce, l'art. 2 de cette loi reconnaît implicitement que les divorces définitivement consommés doivent continuer à produire tous les effets qui s'y trouvaient attachés, d'après la législation sous l'empire de laquelle ils ont été prononcés, notamment celui de dissoudre complétement le lien du mariage, et de lever ainsi l'obstacle que ce lien aurait apporté à une seconde union. La question, il faut bien le remarquer, n'est pas de savoir si la loi du 8 mai 1816 aurait pu, sans rétroactivité, enlever aux époux antérieurement divorcés la faculté de se remarier, mais si, en réalité, elle l'a fait Or, la négative de cette dernière question nous paraît d'autant plus certaine, que le projet de loi sur les effets de l'abolition du divorce, présenté aux deux chambres vers la fin de 1816, contenait un article qui interdisait aux époux divorcés de se remarier, l'un avant le décès de l'autre, et reconnaissait ainsi que cette prohibition ne résultait pas de la loi du 8 mai 1816. Vazeille, I, 103, *in fine*. — Cpr. sur la question de savoir si un étranger, légalement divorcé dans son pays, depuis la loi du 8 mai 1816, peut contracter mariage en France : § 469, texte et note 10.

3 Cpr. § 82, texte et note 15; § 83, texte, notes 5 et 7; § 83 *bis*, texte *in fine*, et note 6; § 473, texte et note 1.

d'un premier mariage, non encore dissous, n'est dirimant que dans le cas où ce mariage a été valablement formé[4]. Art. 189.

A l'inverse, un second mariage peut être attaqué pour cause de bigamie, quoique le premier ait été suivi d'un divorce, si ce divorce n'a pas été légalement prononcé[5].

Enfin, les époux ne doivent être, ni parents, ni alliés entre eux, aux degrés auxquels la loi prohibe le mariage. Cpr. art. 161 à 163.

La parenté légitime[6] forme un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu[7].

La parenté naturelle engendre un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs[8].

L'alliance résultant d'un mariage actuellement dissous produit, alors même qu'il n'en existe pas d'enfants[9], un empêchement de mariage entre chacun des ci-devant conjoints et les parents légitimes

[4] Mais l'existence d'une première union, même entachée de nullité, constitue toujours un empêchement prohibitif, qui ne peut être levé que par l'annulation de cette union. Cpr. § 463, texte et note 1.

[5] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 184; Vazeille, I, 224; Zachariæ, § 466, texte et note 2; Civ. rej., 13 août 1816, Sir., 16, 1, 343; Req. rej., 25 février 1818, Sir., 18, 1, 41; Civ. cass., 7 novembre 1838, Sir., 38, 1, 865.

[6] Nous entendons ici par parenté légitime, celle qui a sa source dans le mariage. La parenté fictive, résultant de l'adoption, ne produit, à notre avis, qu'un empêchement prohibitif. Cpr. art. 348; § 463, texte et note 3.

[7] Sauf, dans ces derniers cas, la levée de l'empêchement, au moyen d'une dispense. Cpr. art. 164, et § 453. — Voy. sur le mariage du grand oncle et de la petite nièce : § 464, texte n° 5.

[8] Le mariage est permis entre personnes unies par un lien de parenté naturelle, au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Arg. *a contrario*, art. 163 cbn. 161 et 162. Maleville, sur l'art. 163. Toullier, I, 538. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 93. Duranton, II, 172. Marcadé, sur l'art. 163, n° 2. Demolombe, III, 106. Zachariæ, § 466, note 6. Voy. en sens contraire : Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 582.

[9] Paris, 18 mars 1850, Sir., 50, 2, 593. Cpr. § 67, note 11.

ou naturels [10] de l'autre, savoir, en ligne directe ascendante et descendante, à l'infini, et en ligne collatérale, jusqu'au degré de frère et sœur inclusivement [11].

On doit, sous ce rapport, assimiler à l'alliance civile proprement dite, c'est-à-dire à celle qui résulte d'un mariage valable, l'affinité naturelle qui s'est formée par un mariage depuis annulé [12], ou même

10 Merlin, *Rép.*, v° Affinité, n° 1. Duranton, II, 155. Vazeille, I, 107. Paris, 18 mars 1850, Sir., 50, 2, 593.

11 Ainsi, le mariage est permis entre des alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Maleville, I, p. 179. Toullier, I, 538. Duranton, II, 471, Marcadé, sur l'art. 163, n° 2. Vazeille, I, 113. Taulier, I, p. 281. Demolombe, III, 111. Demante, *Cours*, I, p. 318. Zachariæ, § 466, texte et note 7. Req. rej., 10 novembre 1858, Sir., 59, 1, 69.

12 En effet, l'annulation d'un mariage ne détruit pas l'affinité naturelle qu'a produite le commerce des deux époux (cpr. § 459); et cette affinité suffit, à notre avis, pour créer un empêchement de mariage. Cpr. note 13 *infra*. MM. Duranton (II, 159) et Demolombe (III, 112) adoptent notre manière de voir pour l'hypothèse où, à raison de la bonne foi des époux, le mariage, quoique annulé, produit les effets civils; mais ils la rejettent dans l'hypothèse contraire, avec cette différence cependant que, comme correctif de son opinion, le premier de ces auteurs admet, pour cette hypothèse, l'existence d'un empêchement simplement prohibitif. La distinction que font MM. Duranton et Demolombe entre le cas de bonne foi et celui de mauvaise foi, est fondée sur une application erronée, selon nous, des art. 201 et 202, dont l'unique objet est de faire maintenir, au profit des époux de bonne foi, les effets civils que le mariage a produits jusqu'au moment de son annulation. Ce serait aller directement contre les dispositions de ces articles et en étendre illégalement la portée, que d'en faire découler, au détriment de ces mêmes époux, un empêchement qui continuerait de subsister même après l'annulation du mariage. Une incapacité ne saurait de sa nature survivre à l'anéantissement de la cause qui l'avait en apparence produite. Si donc il fallait admettre que l'alliance civile proprement dite engendre seule un empêchement de mariage, on devrait, pour être conséquent, aller jusqu'à dire que, malgré la bonne foi des époux, l'annulation de leur union a pour effet de faire disparaître tout empêchement de mariage entre l'un d'eux et les parents de l'autre. Ne serait-il d'ailleurs pas bizarre que l'époux de mauvaise foi fût autorisé à se marier avec un parent de son conjoint, et qu'il y eût pour l'époux de bonne foi, empêchement légal de contracter mariage avec un parent du premier ? Quant à l'espèce de moyen terme que propose M. Duranton pour l'hypothèse où les époux sont de mauvaise foi, il nous paraît complétement arbitraire : ou l'empêchement existe ou il n'existe pas ; s'il existe, on ne voit pas pourquoi dirimant au cas de bonne foi, il serait simplement prohibitif dans celui de mauvaise foi. Voy. dans le sens de notre opinion : *Observations* de Sirey, Sir., 8, 2, 274.

par un commerce illicite [13], à supposer d'ailleurs que la preuve en soit légalement établie [14].

2° *Des personnes admises à proposer la nullité résultant de l'un ou de l'autre de ces empêchements.*

L'action en nullité appartient, quelle qu'en soit la cause, à l'un et à l'autre conjoint. Art. 184.

Ainsi, la nullité résultant de ce que l'un des époux n'avait point encore atteint l'âge exigé par la loi, ou se trouvait déjà engagé

13 La question de savoir s'il peut résulter d'un commerce illégitime une affinité naturelle, susceptible de former un empêchement de mariage entre l'une des personnes qui a vécu dans ce commerce et les parents de l'autre, est fortement controversée. Voy. pour l'affirmative : Zachariæ, § 466, texte et note 8. Voy. pour la négative : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 3, n° 3; Vazeille, I, 108; Duranton, II, 157 et 158; Valette, sur Proudhon, I, p. 402; Demolombe, III, 112. Ces auteurs se fondent sur ce que l'alliance ne peut résulter que du mariage, et sur ce que la loi ne permet de rechercher la preuve du concubinage que pour punir l'adultère. Mais le premier de ces motifs est une véritable pétition de principe, puisque le Code n'a point défini l'alliance, et que le Droit canonique donne positivement le nom d'affinité au lien naturel qu'engendre un commerce illégitime. Il était généralement admis autrefois, comme l'atteste Pothier (*Du contrat de mariage*, n° 162), que cette espèce d'affinité engendrait un empêchement de mariage. Or, il est difficile de croire que les rédacteurs du Code aient voulu répudier cette jurisprudence, fondée sur les motifs les plus graves de morale et d'honnêteté publique, et autoriser ainsi le mariage d'un concubinaire avec la propre fille de sa concubine. Le second motif, invoqué à l'appui de l'opinion que nous combattons, est moins concluant encore que le premier, puisque la preuve d'un commerce illicite peut se trouver légalement établie par la reconnaissance d'un enfant naturel, que son père et sa mère auraient tous deux reconnu. Nous persistons d'autant plus dans notre manière de voir que, suivant l'opinion contraire, on est forcé d'admettre que, quand un mariage a été annulé, chacun des ci-devant conjoints peut se marier avec les parents de l'autre. — Taulier (I, p. 277 et 280) et Marcadé (sur l'art. 161, n° 3), tout en admettant, comme nous, que l'affinité naturelle crée un empêchement de mariage, limitent cet empêchement à la ligne directe. Ce système intermédiaire nous paraît manquer de conséquence.

14 Cpr. § 567, texte n° 5; § 569, texte et note 7; Demolombe, III, 113; Nîmes, 3 décembre 1811, Sir., 12, 2, 438.

dans les liens d'une première union, peut être proposée même par l'époux pubère[15], ou par l'époux bigame[16].

L'action en nullité compète, d'un autre côté, à tous ceux qui ont un intérêt légitime à faire prononcer la nullité du mariage. Art. 184.

On doit ranger dans cette classe :

a. L'époux dont le conjoint a contracté une seconde union avant la dissolution de la première. Les droits et les intérêts de cet époux se trouvant lésés par le fait même du second mariage, il peut exercer immédiatement, et du vivant même de son conjoint, l'action en nullité que la loi lui accorde. Art. 188.

b. Les ascendants[17], de l'un ou de l'autre époux[18], à quelque degré qu'ils se trouvent[19]. La loi leur reconnaît implicitement, à raison même de leur qualité, un intérêt d'affection et d'honneur, en vertu duquel ils peuvent exercer, du vivant des deux époux, l'ac-

15 Toullier, I, 623. Duranton, II, 315 et 316. Marcadé, sur l'art. 184. Demolombe, III, 300. Zachariæ, § 466, texte et note 9. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 148.

16 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 365, n° 43). Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 4 sur l'art. 184. Toullier, I, 632. Duranton, II, 324 et 325. Marcadé et Demolombe, *locc. citt.* Zachariæ, § 466, texte et note 10. Paris, 8 juin 1816, Sir., 18, 2, 30. Req. rej., 25 février 1818, Sir., 19, 1, 41.

17 Que les ascendants soient compris dans l'art. 184, sous les expressions *tous ceux qui y ont intérêt*, c'est ce qui ne peut faire la matière d'un doute sérieux en présence de l'art. 186. En déclarant les ascendants non recevables à provoquer, dans un cas spécial, l'annulation du mariage, ce dernier article présuppose nécessairement que ces personnes jouissent, en thèse générale, de l'action en nullité qu'il ne leur refuse que par exception. Voy. cep. Toullier, I, 626 et 683. — La seule question est de savoir de quelle nature doit être l'intérêt des ascendants. Cpr. texte et note 20 *infra*.

18 Ainsi les ascendants de l'époux pubère peuvent attaquer le mariage qu'il a contracté avec une impubère. *Lex non distinguit.* Vazeille, I, 246. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 303. Voy. en sens contraire : Toullier et Duvergier, I, 626.

19 Ainsi, les ascendants jouissent concurremment, et non pas seulement graduellement, ou à défaut les uns des autres, du droit de demander la nullité du mariage. *Lex non distinguit. Nec obstat* art. 173 : L'action en nullité est accordée d'une manière beaucoup plus large que le droit d'opposition. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. en sens contraire : Toullier, I, 643 ; Duranton, II, 317 ; Demolombe, III, 303.

tion en nullité qui leur compète, lors même qu'ils n'auraient, sous le rapport pécuniaire, aucun intérêt actuel à provoquer l'annulation du mariage[20].

c. Enfin, toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à faire prononcer la nullité du mariage. Tels peuvent être, par exemple, les créanciers des époux[21], leurs parents collatéraux, et les enfants que l'un ou l'autre aurait eus d'un précédent mariage. A la différence des ascendants, les collatéraux et les enfants issus d'une précédente union ne sont donc ordinairement reçus à demander la nullité du mariage qu'après la mort de l'un ou de l'autre des époux[22]. Art. 187.

L'action en nullité appartient enfin au ministère public. Art. 184. Elle lui est accordée à raison du scandale que doit causer un mariage contracté contrairement aux prohibitions de la loi, et ne peut être exercée que tant que dure ce scandale. Elle s'éteint donc, en général, par la mort de l'un des époux, et en cas de bigamie, par la mort du conjoint dont l'existence formait obstacle à la

[20] Cela résulte : 1° Par argument *a contrario*, des dispositions de l'art. 187. 2° De l'art. 191 : En opposant les *ascendants* aux personnes qui ont *un intérêt né et actuel* à faire prononcer la nullité du mariage, cet article donne clairement à entendre que l'action en nullité des ascendants n'est pas subordonnée à l'existence d'un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert. Locré, sur l'art. 184. Delvincourt, I, p. 148. Merlin, *Rép*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 187. Vazeille, I, 218 et 246. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 301. Allemand, I, 531 et 532. Zachariæ, § 466, texte et note 12. Toullier, I, 633; Duranton, II, 328.

[21] Cpr. § 312, note 31. Valette, sur Proudhon, p. 428, note 6. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 305. Zachariæ, § 466, note 11. Metz, 7 février 1854, Sir., 54, 2, 659.

[22] Ce n'est, en effet, qu'au moment où s'ouvre la succession de l'un ou de l'autre des époux, que prend ordinairement naissance l'intérêt de ces personnes. Toutefois, les expressions de l'art. 187, *du vivant des deux époux*, étant plutôt énonciatives que restrictives, l'existence des deux époux ne formerait pas obstacle à l'action des collatéraux qui auraient un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à demander la nullité du mariage, par exemple, pour écarter les enfants qui en sont issus, d'une succession à laquelle ils se trouveraient appelés de leur chef, à cause de l'indignité ou de la renonciation de leurs parents. Vazeille, I, 626. Valette, sur Proudhon, I, p. 440, note 6. Marcadé, sur l'art. 187. Demolombe, III, 306 et 307. Zachariæ, § 466, texte et note 13. Cpr. Req. rej., 22 juin 1819, Sir., 19, 1, 438. Voy. cep. Duranton, II, 327.

validité du second mariage. Art. 190, et arg. de cet article[23].

Du reste, nous rappellerons, pour compléter ces explications. que l'art. 139 établit, en ce qui concerne les personnes autorisées à demander l'annulation d'un mariage entaché de bigamie, des règles spéciales, pour le cas où l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage avant la dissolution du premier, se trouvait en état d'absence lors de la célébration de ce second mariage[24].

3° *Des exceptions ou fins de non-recevoir à l'aide desquelles on peut repousser une demande en nullité fondée sur les empêchements ci-dessus indiqués.*

Ces exceptions varient suivant la nature de ces empêchements.

a. Diverses fins de non-recevoir peuvent être opposées à la demande en nullité fondée sur le défaut de puberté.

D'un côté, les ascendants et les membres du conseil de famille qui ont consenti au mariage, ne sont pas recevables à l'attaquer,

23 Quel est, dans l'art. 190, le sens des mots *peut et doit demander la nullité du mariage du vivant des deux époux?* L'objet de ces mots est-il d'exprimer que l'action en nullité accordée au ministère public n'est pas seulement facultative, mais obligatoire ; ou bien leur but est-il d'indiquer, d'une part, que cette action s'ouvre du vivant des deux époux, et d'autre part, qu'elle s'éteint par le décès de l'un d'eux ? Cette dernière interprétation nous parait ressortir de la combinaison de l'art. 190 avec les art. 187 et 188. A la différence des collatéraux, dont l'action ne s'ouvre, en général, qu'après le décès de l'un des époux, le ministère public *peut* agir du vivant des deux époux. Sous ce rapport, il est placé sur la même ligne que le conjoint, au préjudice duquel un second mariage a été contracté avant la dissolution du premier. Mais à la différence de ce conjoint, dont l'action survit au décès des époux engagés dans la seconde union, le ministère public *doit*, pour être recevable dans sa demande, la former du vivant des époux dont il attaque le mariage. Telle est, à notre avis, la double idée que le législateur a voulu rendre dans l'art. 190, dont l'esprit n'est pas d'imposer au ministère public l'obligation absolue d'introduire une action qui, dans certaines circonstances, occasionnerait peut-être plus de scandale que le mariage contre lequel elle se trouverait dirigée. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 512, n° 45, et p. 514, n° 50). Locré, sur l'art. 190. Toullier, I, 628. Demolombe, III, 310 et 311. Zachariæ, § 466, texte et note 14. Voy. cep. *Discours* de Boutteville, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, IV, p. 561, n° 22) ; Vazeille, I, 249.

24 Cpr. § 159, texte et notes 2 à 4.

pour défaut de puberté de l'un ou de l'autre des époux[25]. Art. 186. La fin de non-recevoir qui résulte de ce consentement, est purement relative. Elle ne peut être opposée à ceux des ascendants ou des parents qui n'ont point consenti au mariage[26].

L'approbation, soit tacite, soit expresse, que les époux auraient donnée au mariage, même après avoir atteint l'âge de puberté, n'élèverait aucune fin de non-recevoir contre l'action en nullité qui leur est ouverte[27].

D'un autre côté, la nullité de ce mariage se trouve en elle-même couverte, et ne peut plus être proposée par qui que ce soit (art. 185) :

lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge de puberté fixé par l'art. 144[28], peu importe d'ailleurs que les époux aient ou non cohabité pendant cet espace de temps[29];

[25] Le terme *famille* ne comprend pas, dans l'art. 186, tous les parents en général, c'est-à-dire ceux mêmes dont le consentement n'était pas nécessaire au mariage, et qui l'auraient approuvé, en assistant à la célébration ou autrement. La fin de non-recevoir établie par l'art. 186, étant empreinte d'un caractère de pénalité, doit être restreinte aux personnes dont le consentement était nécessaire au mariage, et qui, en le donnant, ont directement concouru à la violation de la loi. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 513, n° 47). Voy. en ce sens : Zachariæ, § 466, texte et note 17 ; Marcadé, sur l'art. 186 ; Duvergier, sur Toullier, I, 627, note 6 ; Demolombe, I, 322. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 244 ; Toullier, I, 627.

[26] Ainsi, par exemple, le mariage célébré du consentement du père, mais malgré le dissentiment de la mère, peut être attaqué par cette dernière du vivant même du premier. Il n'y a aucun reproche à faire à la mère qui a refusé de consentir au mariage, et le consentement donné par le père ne peut la priver d'une action qui lui appartient concurremment avec ce dernier. Cpr. note 19 *supra*. Voy. en sens contraire : Zachariæ et Marcadé, *locc. citt.*

[27] Vazeille, I, 247. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 622 ; Demolombe, III, 318 ; Zachariæ, § 466 note 15, *in fine*.

[28] Les mots *âge compétent*, n'ont pas, dans l'art. 185, le même sens que dans l'art. 183. Dans ce dernier article, ces expressions se réfèrent à la majorité établie par l'art. 148 ; dans le premier, au contraire, à la puberté fixée par l'art. 144. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1, p. 201. Vazeille, I, 242. Demolombe, III, 317. Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 1, 219.

[29] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 185. Vazeille, *loc. cit.* Zachariæ, § 466, texte et note 15. Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 1, 219.

lorsque la femme impubère, mariée à un époux pubère[30], a conçu avant l'échéance de six mois, à partir de l'époque à laquelle se trouve fixée la puberté légale[31]. En permettant aux époux d'opposer à l'action en nullité dirigée contre leur mariage, une grossesse survenue avant que la femme ait atteint l'âge de quinze ans et demi, la loi ne leur a cependant pas donné le droit de se prévaloir de la possibilité d'une grossesse à venir, pour demander qu'il soit sursis jusqu'à cette époque au jugement de l'action en nullité. Cette action suivra donc son cours, sauf aux époux à invoquer la fin de non-recevoir dont nous nous occupons, dans le cas où la femme viendrait à concevoir pendant la litispendance, et dans les délais ci-dessus déterminés[32].

Il est à remarquer que la nullité résultant du défaut de puberté, ne se couvre pas au moyen de dispenses obtenues après la célébration du mariage[33].

b. La demande en nullité fondée sur l'existence d'un premier mariage, peut, ainsi que nous l'avons déjà dit, être combattue par une exception préjudicielle tirée de la nullité de ce mariage. Mais si le premier mariage était valable, sa dissolution survenue postérieurement à la célébration du second, ne formerait aucun obstacle à la recevabilité de la demande en nullité dirigée contre celui-ci[34].

30 La grossesse de la femme ne peut couvrir la nullité résultant de l'impuberté du mari. Marcadé, sur l'art. 185. Demolombe, III, 319. Zachariæ, § 466, texte et note 16.

31 Et non à partir du mariage. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 512, n° 46). Marcadé et Demolombe, *locc. citt.*

32 D'après la première rédaction de l'art. 185 (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 354, art. 1), la grossesse de la femme ne pouvait être invoquée comme fin de non-recevoir contre l'action en nullité, qu'autant qu'elle était antérieure à cette action. Le changement de rédaction qu'a subi l'art. 185, prouve bien évidemment qu'une grossesse survenue durant la litispendance, et avant l'expiration du terme fixé par cet article, suffit pour faire rejeter l'action en nullité. Mais si les époux sont admis à faire valoir, en tout état de cause, l'exemption péremptoire résultant de la grossesse de la femme, quand même elle serait postérieure à l'introduction de l'action en nullité, il ne faut pas en conclure qu'ils puissent invoquer, comme exception dilatoire, des espérances de grossesse à venir. Cpr. en sens divers : Locré, III, p. 266 ; Toullier, I, 620 ; Duranton, II, 320 ; Vazeille, II, 242 ; Demolombe, III, 320 ; Zachariæ, § 466, note 16.

33 Demolombe, I, 334.

34 Delvincourt, I, p. 149. Locré, sur l'art. 147. Duranton, II, 329. Vazeille, I, 220.

Il en serait ainsi, quand même la dissolution du premier mariage aurait été suivie de la confirmation expresse ou tacite du second[35]. Enfin, la demande en nullité dont s'agit ne se couvre, ni par la possession d'état[36], ni par la prescription du crime de bigamie[37], ni par la prescription trentenaire[38].

c. Quant à la demande en nullité dirigée contre un mariage incestueux, elle ne peut être écartée par aucune fin de non-recevoir. La nullité d'un pareil mariage ne se couvre, ni par la possession d'état[39], ni par la prescription trentenaire[40], ni enfin par les dispenses obtenues postérieurement à la célébration du mariage.

Du reste, les personnes qui ne sont admises à demander la nullité d'un mariage que dans un intérêt pécuniaire, sont non recevables à le faire, fût-ce même pour cause de bigamie ou d'inceste, lorsqu'elles ont régulièrement renoncé aux droits à raison desquels elles auraient eu intérêt à former une pareille action, ou lorsque ces droits sont éteints par prescription[41].

§ 462.

Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité relative.

Ces empêchements sont au nombre de deux. Le premier résulte de la nullité du consentement de l'un ou de l'autre des époux. Le

35 Merlin, *Rép.*, v°. Mariage, sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184. Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, I, 629. Duranton, *loc. cit.* Vazeille, I, 221. Demolombe, III, 314.

36 *Nec obstat* art. 196. La possession d'état ne peut être invoquée, comme fin de non-recevoir, par l'un des époux contre l'autre, qu'autant que la demande en nullité est formée à raison de vices extrinsèques dont se trouverait entachée la célébration du mariage, et non lorsqu'elle est fondée sur des vices intrinsèques inhérents au mariage lui-même. Merlin et Vazeille, *locc. citt.* Demolombe, III, 313 et 328. Cpr. Req. rej., 25 février 1818, Sir., 19, 1, 41.

37 Autre chose est l'action civile naissant du crime de bigamie (cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 et 3 cbn. 637), autre chose est l'action en nullité dirigée contre un mariage entaché du vice de bigamie. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.* Vazeille, I, 222. Demolombe, III, 313. Zachariæ, § 464, texte et note 6. Paris, 1er août 1818, Sir., 19, 2, 63.

38 Delvincourt, I, p. 149. Toullier, I, 629. Duranton, II, 329. Demolombe, *loc. cit.*

39 Cpr. texte et note 36 *supra*.

40 Toullier, I, 638. Vazeille, I, 228.

41 Cpr. § 458, texte n° 2, notes 12 et 13.

second, de l'absence ou de la nullité du consentement des personnes sous l'autorité desquelles les époux se trouvaient placés quant au mariage.

1° La loi ne reconnaît, comme pouvant invalider le consentement des époux, que la violence et l'erreur dans la personne. Art. 180. En matière de mariage, le dol ne vicie pas par lui-même le consentement, quand il n'a point eu pour résultat une erreur dans la personne[1]. D'un autre côté, le consentement donné par suite de séduction, n'en est pas moins valable, lorsque l'époux dont il émane avait atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage[2].

La violence morale forme, tout aussi bien que la violence physique, obstacle à la validité du consentement[3]. Il appartient aux tribunaux d'apprécier, suivant l'âge, le sexe, la condition des époux, et les autres circonstances de la cause, si le consentement a été ou non librement donné[4]. Du reste, le rapt ne vicie pas par lui-même le consentement que la personne ravie a donné après avoir recouvré sa pleine liberté[5].

[1] Cpr. art. 1109 et 1116; note 12 *infra*. Toullier, I, 517 et 523. Duranton, II, 60. Marcadé, sur l'art. 180, n° 5. Demolombe, III, 250. Glasson, n° 135. Zachariæ, § 467, note 1re.

[2] Voy. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 323 et 324, nos 13 et 14), et les changements successifs qu'a reçus la rédaction primitive de l'art. 146 (Locré, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art. 4, p. 323, n° 18, p. 426, art. 2); Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 7, nos 2 et 3; Demolombe, *loc. cit.*; Zachariæ, § 467, note 2. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, nos 1 et 2.

[3] *Discussion au Conseil d'État*, et *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n° 38, p. 455, n° 15).

[4] *Discussion au Conseil d'État*, et *Discours* de Boutteville (Locré, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n° 38, p. 552 et 553, n° 7). Les dispositions des art. 1112 à 1114 ne constituent pas, dans notre matière, des règles impératives, auxquelles le juge soit, sous peine de cassation, obligé de conformer sa décision. Mais il fera bien, en général, de se guider d'après les principes qui leur servent de base. Cpr. Delvincourt, I, p. 150; Toullier, I, 455; Duranton, II, 47 et suiv.; Vazeille, I, 77 et suiv.; Glasson, n° 119. Voy. cep. Demolombe, III, 248.

[5] Le rapt constituait autrefois un empêchement dirimant de mariage entre le ravisseur et la personne ravie. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 227. Il n'en est plus de même aujourd'hui, puisque le Code n'a pas reproduit les dispositions des lois anciennes à cet égard. Voy. la rédaction primitive de l'art. 146 et la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art. 4, p. 323 à 327, nos 13 à 18); Duranton, II, 41 et 53; Merlin, *Rép.*, *v° et locc. citt.*, n° 1; Demolombe, III, 249; Glasson, n° 120.

L'erreur ne vicie le consentement que lorsque l'un des conjoints a épousé une personne autre que celle à laquelle il avait l'intention de s'unir. L'erreur de l'un des époux sur les qualités, physiques ou morales, civiles ou sociales, de l'autre, ne suffit donc pas pour invalider son consentement[6].

Cependant, on ne doit pas restreindre l'application de la disposition de l'art. 180, au cas où, par suite d'une substitution opérée au moment de la célébration, l'un des époux aurait contracté mariage avec une personne qui ne serait pas, physiquement parlant, celle qu'il croyait épouser. Le consentement peut se trouver vicié par une erreur sur la personne civile ou sociale[7],

[6] Cette proposition, admise sans conteste par notre ancienne jurisprudence (Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 310), se trouve reproduite en termes formels dans l'*Exposé de motifs* présenté par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 510, n° 43). Elle ressort d'ailleurs, d'une manière non équivoque, de l'ensemble des travaux préparatoires, qui ne laissent d'incertitude que quant à la question de savoir si l'erreur sur la personne civile ou sociale peut, comme l'erreur sur la personne physique, motiver une demande en annulation de mariage. Cpr. la note suivante. C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la grande majorité des auteurs. Voy. Maleville, sur l'art. 180; Delvincourt, I, p. 151 ; Proudhon, I, p. 392 ; Toullier, I, 515, 516, 519 et 520; Duranton, II, 56 à 59; Vazeille, I, 65; Taulier, I, p. 248 à 251 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 320 ; Glasson, n°s 127 à 129. Cependant Marcadé (sur l'art. 180, n°s 1 à 4 : *Revue de législation*, 1845, III, p. 242), et M. Demolombe (III, 253) ont essayé de combattre la proposition émise au texte, et de soutenir que l'erreur sur des qualités, non-seulement sociales ou civiles, mais même physiques ou morales, peut suffire, selon les circonstances, pour entraîner la nullité du mariage. Cette doctrine novatrice nous paraît avoir été solidement réfutée dans une dissertation de notre savant et regrettable collègue, Thieriet (*Revue de législation*, 1847, I, 370), que Marcadé a laissée sans réponse. La jurisprudence, assez longtemps vacillante, paraît définitivement se fixer dans le sens de la proposition énoncée au texte. Voy. Montpellier, 1er février 1866, Sir., 66, 2, 325 ; Bordeaux, 21 mars 1866, Sir., 66, 2, 209; et les arrêts cités aux notes 10 à 13 *infra*.

[7] Les termes de la loi ne comportent aucune distinction. D'ailleurs, une substitution de personne, au moment de la célébration étant bien difficile, pour ne pas dire impossible, il n'est pas à supposer que le législateur ait voulu limiter à cette hypothèse l'application de l'art. 180. Le seul résultat de la discussion qui eut lieu au Conseil d'État à l'occasion de la question qui nous occupe (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 324 à 327, n°s 15 à 18, p. 362 à 365, n°s 41 et 42, p. 437 à 448, n°s 10 à 13), fut la suppression du deuxième alinéa de l'art. 146, qui était ainsi conçu : « Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence ou erreur « sur la personne. » Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 426, art. 2. Or, cette suppression,

lorsque cette erreur a été la cause déterminante du mariage[8].

Il y a, de la part de l'un des conjoints, erreur sur la personne civile de l'autre, lorsque l'individu auquel il s'est uni, et qui, physiquement, était bien celui auquel il croyait s'unir, n'était cependant pas, sous le rapport de l'individualité civile, la personne avec laquelle il avait l'intention de contracter mariage[9].

opérée sur la proposition du consul Cambacérès, qui, dans tout le cours de la discussion, avait manifesté l'opinion que l'erreur sur la personne sociale viciait le consentement, aussi bien que l'erreur sur la personne physique, peut d'autant moins être invoquée contre notre manière de voir, qu'on a laissé subsister dans l'art. 180, les expressions *erreur dans la personne*, sans les remplacer, ainsi que l'avait demandé la Cour de cassation, par les termes *erreur sur l'individu*, et sans en restreindre la portée à la personne physique. Aussi, l'opinion émise au texte est-elle généralement admise. Voy. Delvincourt, I, p. 151; Proudhon, I, p. 193; Toullier, I, 467 et 468; Duranton, II, 64; Vazeille, I, 69; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement, sect. V, art. 1, n° 4, et *Quest.*, v° Mariage, § 9; Taulier, I, p. 250 et 251; Demolombe, III, 251; Glasson, n°s 123 et 124. Voy. cep. en sens contraire : Zachariæ, § 467, texte et note 3. Mais, en partant d'un principe vrai en lui-même, plusieurs de ces auteurs sont arrivés à de fausses conséquences, pour n'avoir pas su déterminer en quoi consiste l'erreur sur la personne civile, ni tracer une ligne de démarcation bien tranchée entre cette erreur et celle qui ne porte que sur les qualités civiles ou sociales. Cpr. note 9 *infra*.

8 L'erreur sur la personne physique entraîne toujours, et par elle-même, la nullité du mariage, parce qu'elle est exclusive de tout consentement. Il en est autrement de l'erreur sur la personne civile de l'un des époux, parce qu'il est possible que cette erreur n'ait point été la cause déterminante du consentement de l'autre époux, consentement que celui-ci eût peut-être été amené à donner, en considération des qualités physiques ou morales de son conjoint, quand même il aurait connu sa véritable individualité civile. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 439 et suiv., n° 12); Toullier, I, 521 et 522; Merlin, *Rép.*, et *Quest.*, *locc. citt.*; Glasson, n° 125.

9 M. Demolombe (III, 253) reproche à notre système de manquer de conséquence, parce que, dit-il, l'erreur sur la personne civile ne constitue elle-même qu'une erreur sur les qualités civiles. Nous répondrons que, d'après notre manière de voir, l'erreur qui ne porte que sur l'une ou l'autre des qualités constitutives de l'état, ne suffit pas pour fonder une demande en nullité de mariage; il faut, pour justifier une pareille demande, qu'il y ait eu, de la part de l'un des conjoints, erreur sur l'individualité civile de l'autre. Cette individualité se détermine par le nom tout d'abord, ensuite par l'ensemble des diverses qualités sociales qui individualisent une personne, en la distinguant de toute autre du même nom; et l'absence seule d'une ou de plusieurs qualités, mêmes sociales, faussement attribuées à un individu, ne suffit pas pour dire que cet individu soit, civi-

Toute autre erreur, quelque grave qu'elle soit, ne vicie pas le consentement, et ne saurait autoriser une demande en nullité de mariage. Ainsi, par exemple, une femme qui aurait épousé un ci-devant moine profès, qu'elle ignorait être engagé par des vœux religieux, ne pourrait, pour ce motif, demander la nullité de son mariage [10]. Il en serait de même de la femme qui aurait épousé par erreur un forçat libéré [11].

Si l'erreur de l'un des époux sur les qualités de l'autre est insuffisante pour autoriser une demande en nullité de mariage, à plus forte raison doit-on admettre la même solution, en ce qui con-

lement parlant, une autre personne. Ainsi, lorsqu'une femme a épousé un individu qu'elle croyait français et enfant légitime, tandis qu'en réalité il était étranger et enfant naturel, son mari, étranger et enfant naturel, n'en sera pas moins la même personne civile, que s'il était français et enfant légitime. Bordeaux, 21 mars 1866, Sir., 66, 2, 209. Au contraire, qu'un homme en se mariant se soit faussement attribué le nom et l'état d'une autre personne déterminée, ou qu'il se soit donné un nom et un état purement imaginaires, l'erreur dans laquelle il aura induit sa femme, ne portera plus seulement sur telles ou telles qualités sociales, mais sur l'individualité civile elle-même : il y aura eu dans ce cas substitution d'une personne civile à une autre. Voy. en ce sens : Glasson, p. 208 à 210 ; Bourges, 6 oût 1827, Sir., 29, 2, 40. Nous croyons devoir d'autant plus persister dans la théorie que nous venons de préciser, que, d'après l'opinion contraire, on se trouve forcé de reconnaître au juge un pouvoir absolu d'appréciation, pour décider si l'erreur sur telle qualité est ou non de nature à entraîner l'annulation du mariage. Nous ne pensons pas que ce soit là l'esprit de la loi, qui, en n'ouvrant une action en nullité que *pour erreur dans la personne,* nous paraît avoir écarté comme insuffisante, toute erreur qui ne porterait que sur une qualité sociale ou civile, et, à plus forte raison, sur une qualité physique ou morale. On ne peut qu'approuver le législateur de n'avoir pas voulu abandonner à des appréciations plus ou moins personnelles et variables, le sort du contrat le plus important et le plus sacré de la vie civile.

[10] Merlin, *Rép., v° et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 151 ; Duranton, II, 66 ; Marcadé et Demolombe, *locc. citt.* Colmar, 6 décembre 1811, Sir., 12, 2, 89.

[11] Taulier, I, p. 248 et 249. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 320. Pezzani, n° 55. Glasson, n° 129. Paris, 4 février 1860, Sir., 60, 2, 71. Orléans, 6 juillet 1861, Sir., 61, 2, 85. Chamb. réun. rej., 24 avril 1862, Sir., 62, 1, 341. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 62 ; Marcadé, sur l'art. 180, n° 1 ; Demolombe, III, 353 ; Allemand, n°s 154 et suiv. ; Demante, *Cours,* I, 262 *bis* ; Bellaigue, *Revue pratique,* 1861, IX, p. 101 ; Pont, *Revue critique,* 1861, XVIII, p. 103 et 289, 1862, XX, p. 289 ; Civ. cass., 11 février 1861, Sir., 61, 1, 241.

cerne l'erreur de l'un des conjoints sur les sentiments et les dispositions de l'autre. C'est ainsi que le refus du mari de faire bénir son union par l'Eglise, n'autoriserait pas la femme à demander l'annulation du mariage, sous prétexte d'erreur sur les sentiments religieux de son conjoint[12]. C'est ainsi encore, que si la femme avait formé, dès avant le mariage, la résolution de ne pas consentir à sa consommation, le mari ne pourrait, à raison de l'erreur dans laquelle il se serait trouvé sur les intentions de son épouse, demander la nullité du mariage[13].

Il est indifférent que l'erreur de l'un des conjoints ait été ou non la suite du dol de l'autre. L'erreur qui tombe sur la personne, physique ou civile, vicie par elle-même le consentement, quand même elle n'aurait point été produite par des manœuvres frauduleuses. Et réciproquement, l'erreur sur les qualités ne suffit pas pour invalider le consentement, quand même elle aurait été le résultat de manœuvres frauduleuses pratiquées par l'un des conjoints envers l'autre[14].

La nullité résultant de la violence ou de l'erreur, ne peut être proposée que par l'époux dont le consentement s'est trouvé entaché de l'un ou l'autre de ces vices. L'action qui lui compète à cet effet est exclusivement attachée à sa personne : elle ne peut être exercée en son nom par ses créanciers[15], et ne passe pas même à ses héritiers[16]. Ces derniers conservent toutefois la faculté de suivre l'action en nullité qui aurait été introduite par leur auteur[17].

12 Thieriet, *Revue de législation*, 1846, III, p. 161 ; 1847, I, p. 370. Demolombe, IV, 390. Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. en sens contraire : Bressolles, *Revue de législation*, 1846, II, p. 149 ; Marcadé, *même Revue*, 1846, III, p. 342.

13 Req. rej., 9 février 1863, Sir., 64, 1, 45.

14 Loisel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. II, reg. 3. Le système contraire, défendu au Conseil d'État par le premier consul, n'y a pas prévalu. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 439, n° 12. Valette, sur Proudhon, I, p. 395, note *a*. Demolombe, III, 252. Glasson, n° 126.

15 Cpr. § 312, note 31. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4. Toullier, VII, 566. Demolombe, III, 257. Glasson, n° 149.

16 *Discussion au Conseil d'État* et *Discours* de Boutteville (Locré, *Lég.*, IV, p. 412, n°s 6 et 7, p. 558, n° 16). Toullier, I, 611. Duranton, II, 270. Vazeille, I, 258. Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note *a*, III. Demolombe, III, 258. Demante, *Cours*, I, 262 *bis*. Glasson, *loc. cit.* Zachariæ, § 467, note 4.

17 Arg. art. 330 et 957. *Actiones quæ morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* Delvincourt, sur l'art. 180. Duranton, II, 271. Vazeille, *loc.*

Du reste, l'époux mineur peut, avec l'assistance de son curateur, exercer, aussi bien que l'époux majeur, l'action en nullité que la loi lui ouvre[18].

La nullité qu'engendrent les vices dont se trouve entaché le consentement de l'un des époux, peut, après la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, se couvrir, soit par la confirmation expresse de l'époux qui a été violenté ou trompé[19], soit par une cohabitation continuée pendant six mois[20]. Art. 181. C'est à l'époux qui, après plus de six mois de cohabitation, provoque, par voie d'action ou d'exception, la nullité du mariage pour cause d'erreur ou de violence, à prouver que la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, ne remonte pas à six mois[21].

A défaut de cohabitation, l'action en nullité se prescrit par

cit. Duvergier, sur Toullier, II, 611. Demolombe, III, 258. Allemand, I, 557. Demante, *Cours*, I, 262 *bis*, V. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, n° 6; Glasson, n° 150.

18 On a supprimé, lors de la discussion de l'art. 180 (Locré, *Lég.*, IV, p. 412, n°s 6 et 7), une disposition qui restreignait à l'époux majeur, le droit d'intenter l'action en nullité ouverte par cet article. Locré, sur l'art. 180. Vazeille, I, 257. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 180. Demolombe, III, 260. Glasson, n° 148. Turin, 14 juillet 1807, Sir., 8, 2, 43.

19 Arg. art. 181 et 183. Locré, sur l'art. 181. Duranton, II, 282. Vazeille, I, 261. Toullier, I, 610. Valette, sur Proudhon, p. 433, note *a*, I. Marcadé, sur l'art. 181, n° 2. Demolombe, III, 264. Glasson, n° 152. Zachariæ, § 467, texte et note 5. Cpr. Paris, 30 décembre 1861, Sir., 64, 1, 45.

20 En indiquant spécialement la cohabitation continuée pendant six mois comme emportant confirmation tacite du mariage, le législateur paraît avoir eu l'intention de rejeter, comme peu concluants, tous les antres faits dont on voudrait faire ressortir une confirmation de cette espèce. Ainsi, la survenance d'enfants ne pourrait pas même être invoquée comme preuve de la confirmation tacite du mariage. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 359, n° 37; p. 415, n° 12). Toullier, I, 610. Vazeille, I, 260 et 261. Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note *a*, II. Demolombe, III, 262. Glasson, n°s 151 et 156. Zachariæ, § 467, note *b*. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 185 : Duranton, II, 275 et 276; Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 1, 219.

21 Duranton, II, 277. Demolombe, III, 262. Glasson, n° 155. Zachariæ, § 467, note *b*, *in fine*. Bordeaux, 20 février 1867, Sir., 67, 2, 224. Civ. rej., 20 avril 1869, Sir., 69, 1, 303. Cpr. 339, texte n° 3, et note 38.

trente ans[22]. Mais elle ne pourrait être écartée sous le prétexte d'une prétendue possession d'état, non accompagnée de cohabitation[23].

2° Nul ne peut, avant un certain âge[24], se marier sans le consentement de ses père et mère, ou des autres personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage. Ces personnes ne doivent aucun compte des motifs à raison desquels elles refusent de consentir au mariage[25].

Les règles qui concernent la nécessité de ce consentement sont absolument les mêmes, que les futurs époux soient émancipés ou ne le soient pas, et qu'il s'agisse de secondes ou de premières noces. Mais elles varient suivant que ceux qui se proposent de contracter mariage, sont des enfants légitimes ou des enfants naturels.

Des enfants légitimes. — Les garçons, avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, et les filles, avant celui de vingt-un ans accom-

22 Art. 2262. *Non obstat* art. 1304. Ce dernier article est étranger à la matière qui nous occupe : le mariage, régi par des dispositions toutes spéciales, n'est point un contrat ordinaire, auquel on puisse appliquer les dispositions concernant les conventions en général. Cpr. § 339, texte et notes 17. Marcadé, sur l'art. 181, n° 3. Glasson, n°s 157 et 158. Zachariæ, § 464, note 5. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 278 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note *a*, I ; Duvergier, sur Toullier, I, p. 355, note *a*; Demolombe, III, 268. Suivant ces auteurs, la prescription s'accomplirait par dix ans. M. Demolombe, toutefois, reconnaît que l'art. 1304 ne serait plus applicable, si la nullité du mariage était proposée sous forme d'exception. Quant à M. Demante (*Cours*, I, 263 *bis*, II), il regarde l'action comme imprescriptible. Mais l'art. 328, sur lequel il paraît fonder son opinion, est complétement étranger à la question, qui, en l'absence de toute disposition exceptionnelle, doit se résoudre par application de la règle générale posée dans l'art. 2262.

23 *Non obstat* art. 196. En supposant, ce que nous n'admettons pas, que la possession d'état pût s'acquérir indépendamment de toute cohabitation, elle ne pourrait cependant couvrir une nullité intrinsèque, dont se trouverait entaché le mariage lui-même. Cpr. § 461, note 36. Demolombe, III, 312 et 328.

24 Celui qui a des ascendants ne peut, même après cet âge, se marier sans avoir demandé leur conseil. Mais, comme le défaut d'accomplissement de cette obligation n'entraîne pas la nullité du mariage, nous n'avons pas à nous en occuper ici. Cpr. § 463, texte n° 8.

25 Demolombe, III, 51. — Cette règle générale s'applique même au conseil de famille, appelé à remplacer les père et mère dans le cas prévu par l'art. 160. Cpr. texte et notes 37 à 40 *infra*.

plis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Cependant, en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit[26]. Art. 148. Si l'un des deux parents est mort[27], il n'est besoin que du consentement de l'autre, quand même il serait remarié[28]. Le consentement de l'un des parents suffit également, quand l'autre est physiquement, moralement, ou légalement incapable de manifester sa volonté, ce qui a lieu, par exemple, en cas d'absence[29], et

[26] Mais la mère n'en doit pas moins être consultée ; et l'officier de l'état civil ne peut passer outre au mariage, sur le seul consentement du père, qu'autant qu'il est justifié de l'accomplissement de cette formalité. Cpr. Delvincourt, I, p. 115; Duranton, II, 77, note 3; Vazeille, I, 119; Valette, sur Proudhon, I, p. 396, note 6; Demolombe, III, 38 et 39; Zachariæ, § 467, note 10. — La mère qui n'a point été consultée, peut-elle par ce motif s'opposer au mariage? L'affirmative, enseignée par Delvincourt, Duranton, Vazeille et Zachariæ (*locc. citt.*), et adoptée par la Cour de Riom, le 3 juin 1817 (Sir., 18, 2, 41), nous paraît condamnée par les termes formels de l'art. 173. Cpr. § 454, note 5. Nous pensons que, dans ce cas, la mère n'a que la voie de la dénonciation à l'officier de l'état civil. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, remarque 3 sur l'art. 173. Demolombe, III, 39. — La mère pourrait-elle demander la nullité du mariage célébré sur le seul consentement du père, sans qu'elle ait été consultée? La négative résulte évidemment des termes de l'art. 182. — La mère est-elle, après la mort du père, autorisée à provoquer l'annulation du mariage contracté en contravention à l'art. 148? Voy. pour l'affirmative, texte et note 46 *infra*.

[27] La preuve de la mort peut, en pareil cas, se faire par l'attestation du survivant, sans qu'il soit nécessaire de produire un acte de décès, ou un acte de notoriété rédigé dans la forme indiquée par l'art. 71. Avis du Conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Vazeille, I, 123. Marcadé, sur l'art. 150, n° 2. Voy. cep. Demolombe, III, 40.

[28] La puissance paternelle ne s'éteint point par le convol du survivant à de secondes noces. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 328 et 329, n° 22). Cpr. 551, texte n° 5. Duranton, II, 90. Demolombe, III, 45. Zachariæ, § 467, note 14. Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 115.

[29] La preuve de l'absence se fait suivant le mode indiqué par l'art. 155, et lorsque le dernier domicile de l'absent est inconnu, dans les formes tracées par l'avis du Conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre le cas où les futurs sont mineurs, et celui où ils sont majeurs. L'opinion contraire de M. Duranton (II, 88) repose sur une fausse interprétation des dispositions de l'avis ci-dessus cité. Cpr. Toullier, I, 544; Vazeille, I, 123 et 124; Demolombe, II, 314.

au cas d'interdiction, soit légale[30], soit judiciaire[31]. Art. 149.

Lorsque le père et la mère sont morts[32], ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont remplacés par les aïeuls et aïeules, et, à défaut d'aïeuls ou d'aïeules dans l'une et l'autre ligne[33], par les bisaïeuls ou bisaïeules[34]. Au cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, le consentement de l'aïeul suffit. Si l'aïeul ou l'aïeule d'une même ligne est décédé, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il suffit du consentement de l'autre. Le dissentiment entre les deux

30 Cpr. Code pénal, art. 29; § 85; Duranton, II, 80; Vazeille, *loc. cit.*; Demolombe, III, 44.

31 Si l'un des parents se trouve, quoique non interdit, dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour cause de démence ou d'imbécillité, les tribunaux peuvent, sans prononcer son interdiction, ordonner, d'après la preuve acquise de cet état de démence ou d'imbécillité, qu'il sera passé outre au mariage sur le consentement de l'autre. Vazeille, I, 125. Demolombe, III, 43. Zachariæ, § 467, note 13, *in fine*. Poitiers, 11 mars 1830, Sir., 30, 2, 143. Voy. cep. Toullier, I, 543; Duranton, II, 85. — Il nous semble même que l'officier de l'état civil pourrait procéder au mariage sans autorisation judiciaire, si l'état de démence ou d'imbécillité de la personne dont le consentement est requis, était justifié par son transport dans un établissement d'aliénés, opéré conformément à la loi du 30 juin 1838. Demolombe, *loc. cit.*

32 La preuve de leur décès peut se faire par l'attestation des aïeuls et aïeules Avis du Conseil d'État, des 27 messidor - 4 thermidor an XIII.

33 Valette, sur Proudhon, I, p. 397, note *a*. Voy. cep. Demolombe, III, 49. Le savant auteur enseigne que, s'il y avait des aïeuls dans une ligne et des bisaïeuls dans l'autre, ces derniers devraient, tout aussi bien que les premiers, être appelés à donner leur consentement, parce qu'il résulte, dit-il, de l'art. 150 que les deux lignes doivent être consultées. Elles doivent l'être sans doute, quand il y a des aïeuls dans l'une et dans l'autre ; mais telle n'est pas notre hypothèse. Ce qui prouve, au contraire, que le consentement des bisaïeuls ne doit être requis qu'à défaut d'aïeuls dans les deux lignes, c'est que ces derniers eux-mêmes ne sont arpelés à consentir au mariage qu'à défaut du père et de la mère. Dans le système de M. Demolombe, il faudrait admettre, pour être conséquent, qu'à défaut du père, le consentement de la mère ne suffit pas, et que les aïeuls de la ligne paternelle doivent aussi être consultés. Or, cette conséquence est formellement rejetée par les art. 149 et 150; le système dont elle découle n'est donc pas acceptable.

34 C'est du moins ce qui résulte de l'esprit de la loi. Quoique l'art. 150 ne parle textuellement que des aïeuls et aïeules, il doit, par identité de motifs, être étendu aux bisaïeuls et trisaïeuls : *Lex statuit de eo quod fit plerumque*. Vazeille, I, 127. Duranton, II, 98. Zachariæ, § 467, note 15. Demolombe, III, 48.

lignes emporte consentement[35]. Ces règles s'appliquent, par analogie, au cas où, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, les pères et mères sont remplaeés par les bisaïeuls et bisaïeules[36]. Art. 150 et arg. de cet article.

Quand il n'existe pas d'ascendants, la distinction, précédemment faite, entre les garçons et les filles disparaît. Les uns et les autres peuvent, à l'âge de vingt-un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement du conseil de famille ; mais jusque-là, ce consentement leur est nécessaire. Art. 160. Soit qu'il accorde, soit qu'il refuse son consentement, le conseil de famille n'est point obligé de motiver sa délibération[37], qui est exécutoire par elle-même[38], indépendamment de toute homologation judiciaire[39], et qui d'ailleurs n'est pas susceptible d'être réformée, quant au fond, par les tribunaux[40].

Le consentement des pères et mères ou des personnes qui les remplacent, est requis au moment même de la célébration. Il en résulte que le consentement accordé peut être révoqué jusqu'à la célébration[41]. Il en résulte encore que, si l'ascendant qui a con-

35 Ainsi, l'enfant dont le père, la mère, et l'aïeul maternel sont morts, peut contracter mariage avec le seul consentement de son aïeule maternelle, encore que l'aïeul et l'aïeule paternels refusent de consentir au mariage. Duranton, *loc. cit.* Demolombe, III, 46. Zachariæ, § 467, note 16. Cpr. Poitiers, 8 juillet 1830, Sir., 30, 2, 239.

36 Marcadé, sur l'art. 150, n° 3. Demolombe, III, 50.

37 Il en est ainsi, quand même cette délibération n'est pas unanime. *Nec obstat* Code de procédure, art. 883 : Cpr. § 95, texte, notes 7 et 8. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement, § 5, art. 2, n° 14. Duranton, II, 102. Zachariæ, § 467, texte et note 7. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 547.

38 C'est au tuteur qu'il appartient d'en assurer l'exécution. Mais s'il refusait de prêter son assistance à la célébration du mariage autorisé par le conseil de famille, le mineur devrait être admis à le faire célébrer sur la production de la délibération de ce conseil. Vazeille, I, 128.

39 Cpr. § 95, texte, notes 9 et 10. Vazeille, I, 129. Zachariæ, § 467, note 17, *in fine*.

40 *Non obstat* Code de procédure, art. 883. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.* Voy. aussi : Plaidoyer de Bellart pour M. de Vaucresson (*Annales du barreau français*, IX, p. 372 et suiv.) ; Duranton, II, 101 ; Vazeille, *loc. cit.*; Demolombe, III, 86. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 547 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 399, note *a*, II ; Liége, 30 avril 1811, Dev. et Car, *Coll. nouv.*, III, 2, 485. Cpr. § 96, texte et note 10.

41 Duranton, II, 94. Vazeille, I, 121. Demolombe III, 56.

senti à un mariage projeté, vient à mourir avant qu'il ait été célébré, on doit considérer son consentement comme non avenu [42].

La validité du consentement des pères et mères ou autres ascendants se juge d'après les règles suivant lesquelles on apprécie, en général, le mérite légal d'une manifestation de volonté [43]. Dans le cas prévu par l'art. 160, la validité du consentement donné par le conseil de famille, se juge d'après les principes qui régissent, en général, les délibérations de ce conseil [44].

La nullité résultant de l'absence ou de l'invalidité du consentement des ascendants, ou du conseil de famille, sous l'autorité desquels les époux se trouvaient placés quant au mariage, peut être invoquée, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement [45]. Elle ne peut être proposée par d'autres personnes. Art. 182. Ainsi, dans le cas prévu par l'art. 148, l'action en nullité appartient au père et à la mère. Toutefois, la mère ne peut l'intenter sans le concours du père, tant que ce dernier vit et se trouve en état de manifester

[42] *Opus est consensu gradus sequentis.* Duranton, II, 94. Vazeille, *loc. cit.* Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 467, texte et note 19. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 148. — MM. Duranton (II, 95) et Vazeille (*loc. cit.*) enseignent que, si le mariage avait été célébré sans opposition de l'ascendant dont le consentement était requis en remplacement de celui qu'avait donné le prédécédé, l'absence de ce consentement n'invaliderait pas le mariage. Nous ne saurions partager cette manière de voir, que rien ne justifie. Tout au plus pourrions-nous l'admettre dans le cas où le décès de l'ascendant qui a consenti au mariage, aurait été ignoré des futurs époux. Arg. art. 2008 et 2009. Voy. en ce sens : Demolombe, III, 57 et 58.

[43] Cpr. art. 1109 et suiv.; §§ 306 et 343. Voy. aussi : § 466, texte n° 4, notes 5 et 6. Demolombe, III, 52. Zachariæ, § 467, texte et note 18.

[44] Cpr. § 96 ; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 13 ; Plaidoyer de Ferrère pour Mlle Phélippeaux (*Annales du barreau français*, XIV, p. 1) ; Zachariæ, § 467, note 18 ; Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 329.

[45] La raison en est que la loi regarde, en pareil cas, comme entaché de séduction, le consentement de l'époux qui n'avait point encore atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Cpr. texte et note 2 *supra*. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 223 et 324, nos 13 et 14 ; p. 416 et suiv., n° 13). Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 7, n° 2. Duranton, II, 295. Demolombe, III, 271.

sa volonté[46]. Dans l'hypothèse dont s'occupe l'art. 150, l'action compète aux aieux ou aïeules de l'une et de l'autre ligne. Mais l'une des lignes ne peut l'exercer contre le gré de l'autre[47]; et les aïeules ne peuvent agir sans le concours des aïeuls de la ligne à laquelle elles appartiennent, à moins que ceux-ci ne soient décédés, ou incapables de manifester leur volonté[48]. Enfin, dans le cas de l'art. 160, l'action appartient, non à tel ou tel parent isolé, mais au conseil de famille, qui doit charger le tuteur ou un de ses membres de l'exercer en son nom[49].

L'action en nullité dont s'agit, est exclusivement attachée à la personne de ceux auxquels elle est accordée. Elle ne peut être exercée par leurs créanciers[50]; elle ne passe point à leurs héritiers[51];

46 Le silence du père emporte confirmation du mariage, parce que sa volonté fait loi, en cas de dissentiment. Arg. art. 148 cbn. 183. Duranton, II, 286. Vazeille, I, 266. Delvincourt, sur l'art. 182. Allemand, I, 577. Demolombe, III, 272. Voy. cependant Marcadé, sur l'art. 182, n° 2. Suivant cet auteur, la mère serait sans qualité pour former l'action en nullité, même après le décès du père. Mais l'assimilation qu'il prétend établir, pour justifier son opinion, entre le cas où l'enfant aurait encore son père et sa mère, et celui où, son père étant mort, il ne lui resterait plus que sa mère et son aïeul paternel, est complétement inexacte. Si, dans le premier cas, le consentement de la mère n'est pas absolument nécessaire, il doit du moins être demandé, tandis que dans le second, il n'est pas même besoin de consulter l'aïeul paternel.

47 L'action en nullité formée par l'une des lignes, tomberait-elle devant l'approbation donnée au mariage par l'autre ligne, dans le cours de l'instance ? Si la rigueur des principes conduit à la solution négative, il se présente cependant une grave considération qui semble devoir faire admettre l'affirmative : la demande en nullité du mariage n'aurait plus en pareil cas d'objet sérieux, puisque, après l'annulation de leur union, les époux pourraient contracter un nouveau mariage, avec le seul consentement des ascendants qui avaient ratifié le premier. Duranton, II, 291. Demolombe, III, 275.

48 Arg. art. 150 cbn. 183. Cpr. la note précédente. Delvincourt, I, p. 152. Toullier, I, 613. Duranton, II, 291. Zachariæ, § 467, texte et note 22.

49 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 416 et suiv., n° 13). Toullier, I, 613. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 292. Vazeille, I, 263. Demolombe, III, 276.

50 Cpr. § 312, note 31 ; et les autorités citées à la note suivante.

51 Duranton, II, 289. Vazeille, I, 267. Demolombe, III, 279. Cpr. Caen, 22 mai 1850, Sir., 52, 2, 566. — Les héritiers des ascendants ne pourraient pas même continuer l'action en nullité qui aurait été introduite par leurs auteurs. Mais il en est autrement des héritiers de l'époux qui serait décédé après avoir intenté l'action en nullité que la loi lui accordait. Cpr. note 17 *supra*. Duranton, II, 290. Vazeille, *loc. cit.* Zachariæ, § 467, note 23.

et les ascendants d'un degré plus éloigné ne succèdent pas à celle qui compétait aux ascendants d'un degré plus proche[52].

La confirmation, expresse[53] ou tacite[54], des personnes dont le consentement était requis, ou l'écoulement d'une année sans réclamation de leur part[55], à partir de l'époque à laquelle elles ont eu connaissance du mariage[56], couvre, d'une manière générale et absolue[57], la nullité dont il est actuellement question. Art. 183.

L'action en nullité qui compète aux ascendants, ne s'éteint, ni par la mort de l'époux qui avait besoin de leur consentement, ni par la circonstance qu'il aurait atteint l'âge auquel ce consentement n'est plus absolument indispensable[58]. Au contraire, l'action

[52] Duranton, *loc. cit.* Toullier et Duvergier, I, 613. Marcadé, sur l'art. 182, n° 2. Demolombe, III, 280. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. cep. Vazeille, I, 268.

[53] Les dispositions de l'art. 1338 ne s'appliquent pas à la confirmation dont il est ici question. Cpr. Duranton, II, 301 ; Demolombe, III, 281.

[54] Cpr. sur la confirmation tacite : Toullier, I, 614 ; Duranton, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.*

[55] C'est-à-dire sans qu'ils aient intenté l'action en nullité qui leur était ouverte. Zachariæ, § 467, texte et note 27.

[56] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 183; Duranton, II, 302; Civ. cass., 16 avril 1817, Sir., 17, 1, 232.

[57] C'est-à-dire, non-seulement par rapport aux personnes dont le consentement était requis, mais encore relativement à l'époux qui avait besoin de ce consentement. Cpr. Toullier, I, 619; Duranton, II, 300 et 305; Demolombe, III, 290. — La confirmation des personnes dont le consentement était requis peut-elle, lorsqu'elle n'intervient que postérieurement à l'action en nullité intentée par l'époux qui avait besoin de ce consentement, arrêter le cours de cette action? Voy. pour l'affirmative: Delvincourt, I, p. 153; Duranton, II, 304; Duvergier, sur Toullier, I, 614, note 1 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 435, note *a;* Demolombe, III, 275. Cette opinion nous paraît également contraire au texte de l'art. 183, et au principe que la recevabilité d'une action se juge dans l'état où elle a été intentée. Le caractère particulier de la demande, et la circonstance qu'elle n'est pas susceptible d'acquiescement, ne sont pas, à notre avis, de nature à modifier ce principe. Par cela même que l'époux qui avait besoin pour contracter mariage du consentement de ses ascendants, a formé son action en nullité avant toute confirmation expresse ou tacite de la part de ces derniers, cette action constitue pour lui un droit acquis, dont il ne peut plus être privé par le fait d'un tiers. Zachariæ, § 467, note 25, *in fine*.

[58] Delvincourt, I, p. 153. Duranton, II, 298. Zachariæ, § 467, note 28. Voy. en sens contraire: Demolombe, III, 282. Notre savant collègue prétend que l'action en nullité n'étant accordée aux ascendants qu'à raison de l'autorité dont ils sont investis, leur action n'a plus de base, dès que cette autorité est

en nullité qui appartient au conseil de famille, cesse par la mort ou par la majorité de l'époux qui avait à se pourvoir de son consentement[59].

L'époux marié sans le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouvait placé quant au mariage, est, en particulier[60], non recevable à exercer l'action en nullité que la loi lui ouvre, lorsqu'il ne l'a pas introduite dans le délai d'un an[61], à partir de l'époque à laquelle il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage[62]. Son action est également non

venue à cesser par une cause quelconque. Mais ce point de vue nous paraît manquer d'exactitude. Le droit de consentir au mariage n'est pas seulement accordé aux ascendants dans l'intérêt et pour la protection de leurs descendants, mais aussi dans leur intérêt propre, et en vue des conséquences préjudiciables que le mariage pourrait entraîner pour eux-mêmes, et pour la famille tout entière. Comment admettre que, si un fils de famille, marié sans le consentement de ses père et mère, venait à mourir, laissant sa femme enceinte, ces derniers fussent, par le fait même de ce décès, privés du droit d'attaquer le mariage? Comment surtout admettre que, si un mariage contracté dans les mêmes circonstances, avait été caché aux père et mère jusqu'au moment de la majorité déterminée par l'art. 148, ceux-ci fussent désormais non recevables à en faire prononcer l'annulation?

59 La mort ou la majorité de l'époux enlève à son ci-devant conseil de famille tout principe, non-seulement d'autorité, mais même d'existence. Toullier, I, 613. Marcadé, sur l'art. 182, n° 2. Allemand, I, 588. Demolombe, *loc. cit.* C'est à tort que Duranton (II, 293 et 303) distingue entre la mort et la majorité: un individu majeur n'a pas plus de conseil de famille qu'un individu décédé

60 Les fins de non-recevoir dont il va être actuellement question, ne peuvent être opposées aux ascendants dont le consentement était requis. Locré et Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 618. Duranton, II, 299. Vazeille, I, 264. Allemand, I, 594. — M. Demolombe (III, 291) est encore sur ce point d'avis contraire, et ce par application de la doctrine que nous avons combattue à la note 58 *supra*. Cpr. aussi Zachariæ, § 467, note 29.

61 Il en est ainsi, quoique les deux époux n'aient pas cohabité durant cet espace de temps. L'art. 183 est tout autrement rédigé que l'art. 181. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 et 4 sur l'art. 183. Zachariæ, § 467, note 31, Cpr, note 64 *infra*.

62 Ce délai court donc pour les garçons, à partir de l'âge de vingt-cinq ou de vingt-un ans, suivant qu'ils avaient ou n'avaient pas d'ascendants à l'époque où ils ont contracté mariage. Arg. art. 148 à 150 cbn. 160. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 183. Duranton, II, 307. Valette, sur Proudhon, I, p. 436, note *a*. Demolombe, III, 284. Zachariæ, § 467, texte

recevable, lorsque, après avoir atteint cet âge, il a confirmé le mariage[63], soit expressément, soit tacitement[64], ou lorsqu'il a employé des manœuvres frauduleuses pour se soustraire à l'obligation de rapporter le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille[65].

Du reste, l'officier de l'état civil, qui a procédé à un mariage pour la validité duquel la loi exigeait le consentement des ascendants ou du conseil de famille, sans s'être assuré de l'existence de ce consentement, est passible d'une amende de seize à trois cents francs, et d'un emprisonnement de six mois à un an, sans préjudice de peines plus fortes, en cas de collusion. Art. 156 cbn. 192. Code pénal, art. 193 et 195[66]. Ces peines, dont l'application

et note 30. Cpr. Vazeille, I, 271. — Toullier (I, 615) et Delvincourt (I, p. 154) enseignent, au contraire, que le délai dont s'agit court invariablement, pour les garçons comme pour les filles, à partir de l'âge de vingt-un ans. Cette opinion, qui est en opposition manifeste avec le texte de l'art. 183, est également contraire à l'esprit de la loi.

[63] Arg. *a fortiori*, art. 183. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 456, n° 18). Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Duranton, II, 308 à 311. Vazeille, I, 271.

[64] Les tribunaux pourront, suivant les circonstances, trouver une preuve de la confirmation tacite du mariage dans la cohabitation, quelque courte qu'en ait été la durée. D'une part, en effet, l'art. 181 est inapplicable à l'hypothèse qui nous occupe ; d'autre part, l'art. 183, en donnant à l'époux une année pour intenter son action en nullité, suppose qu'il n'a pas, avant l'expiration de ce délai, confirmé le mariage. Cpr. note 61 *supra*. Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Vazeille, I, 271. Duranton, II, 312. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 288.

[65] Arg. art. 1307. Duranton, II, 296. Demolombe, III, 289.

[66] L'art. 156 du Code civil et l'art. 193 du Code pénal ont pour objet de réprimer un seul et même délit. Le second forme le complément du premier, en ce qu'il détermine le maximum de l'emprisonnement et le minimum de l'amende. La rédaction de l'art. 156 du Code civil diffère cependant de celle de l'art. 193 du Code pénal, en ce que, d'après le premier de ces articles, l'officier de l'état civil est passible des peines qui y sont prononcées, par cela seul qu'il n'a point énoncé dans l'acte de mariage le consentement des ascendants ou du conseil de famille, tandis que, d'après le second, l'officier de l'état civil n'est punissable que lorsqu'il ne s'est pas assuré de l'existence de ce consentement. Sous ce rapport, on peut dire que l'art. 193 du Code pénal déroge à l'art. 156 du Code civil. Zachariæ, § 454, note 8. Voy. cep. Duranton, II, 103 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 215, note *b* ; Demolombe, III, 91.

peut être poursuivie par le ministère public, sans le concours des parties intéressées[67], doivent être prononcées contre l'officier de l'état civil, quoique la nullité du mariage n'ait point été demandée, ou que cette nullité se trouve couverte, et quand même aucune opposition n'aurait été formalisée[68].

Des enfants naturels. — Les dispositions des art. 148 et 149 sont applicables aux enfants naturels, légalement reconnus. Art. 158. Ainsi, un enfant naturel ne peut, avant vingt-cinq ou vingt-un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement, soit de son père, soit de sa mère, suivant qu'il a été reconnu par le père seul, ou par la mère seule. En cas de dissentiment entre le père et la mère d'un enfant naturel, également reconnu par l'un et par l'autre, le consentement du père suffit[69].

Si l'enfant naturel n'a été reconnu, ni par son père, ni par sa mère, ou bien encore, si les parents qui l'ont reconnu sont décédés, ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il ne peut contracter mariage, avant l'âge de vingt-un ans accomplis, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*[70], qui doit être nommé par un conseil de famille composé d'amis[71]. Art. 159[72].

Ce qui a été dit précédemment sur l'exercice et l'extinction de l'action en nullité du mariage contracté par un enfant légitime sans

[67] *Non obstat* art. 156: Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 et suiv. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 454, note 9; et § 467, note 34, *in fine*. Turin, 6 avril 1808, Sir., 10, 2, 65.

[68] Zachariæ, § 467, note 34 *in medio*.

[69] Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 10. Demolombe, III, 89. Zachariæ, § 467, texte et note 35.

[70] Le tuteur général, qui aurait été nommé à cet enfant, ne pourrait donc consentir à son mariage, qu'après avoir reçu un pouvoir spécial à cet effet. Toullier, I, 551, note 2. Duranton, II, 116. Delvincourt, I, p. 119. Demolombe, III, 89. De Fréminville, *De la minorité*, II, 744. Cpr. Bordeaux, 9 juin 1863.

[71] Arg. art. 407 et 409. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 330, n°s 27 et 28). Toullier et Delvincourt, *locc. citt.* Duranton, II, 117. Vazeille, I, 131. Valette, sur Proudhon, I, p. 399, note *a*. Demolombe, III, 89.

[72] Cet article ne fait pas, plus que le précédent, mention des aïeuls et aïeules. L'enfant naturel n'a, aux yeux de la loi, d'autres ascendants que ses père et mère. *Observations du Tribunat* et *Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, IV, p. 452, n° 5, p. 487, n° 16). Zachariæ, § 467, note 38.

le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouvait placé, s'applique au cas où un enfant naturel s'est marié sans le consentement de son père ou de sa mère. Mais le mariage qu'un enfant naturel aurait contracté, en contravention aux dispositions de l'art. 159, sans le consentement du tuteur nommé à cet effet, ne pourrait être argué de nullité, ni par le tuteur, ni par l'enfant[73].

§ 463.

b. *Des empêchements simplement prohibitifs.*

Ces empêchements sont les suivants :

1° La personne engagée dans les liens d'un mariage entaché de nullité, ne peut, avant la dissolution ou l'annulation de ce mariage, en contracter un autre[1].

2° Le mariage est prohibé, à raison du lien qu'engendre l'adop-

[73] L'art. 182 n'ouvre en effet d'action en nullité que contre les mariages célébrés sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans le cas où ce consentement était nécessaire, et non contre les mariages contractés, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc,* en contravention aux dispositions de l'art. 159. Le silence gardé par l'art. 182 est d'autant plus concluant, que le Tribunat avait, en faisant remarquer cette omission, demandé qu'on ajoutât les mots *du tuteur ou du curateur*, à la suite de ceux-ci, *des ascendants ou du conseil de famille*, et que, malgré cette observation, on ne modifia pas, sous ce rapport, la rédaction de l'art. 182, auquel on fit cependant subir un autre changement, que le Tribunat avait également demandé. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 431, art. 29, p. 455 et 456, n° 17, p. 464, art. 33; Vazeille, I, 269; Zachariæ, § 467, texte et note 39. Tout en accordant que le mariage ne peut, en pareil cas, être attaqué par le tuteur, plusieurs auteurs enseignent qu'il peut l'être par l'enfant. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 152; Duranton, II, 294; Valette, sur Proudhon, I, p. 434, note *a;* Marcadé, sur l'art. 182, n° 3; Demolombe, III, 278. Cette opinion est contraire au principe, bien certain en matière de mariage, que l'action en nullité n'est ouverte que dans les cas formellement déterminés par la loi ; et il faut bien se garder de transporter, dans cette matière, les règles ordinaires sur les effets de l'incapacité de contracter. On ne doit pas perdre de vue que, dans l'hypothèse qui nous occupe, aucun intérêt de famille ne se trouve engagé ; et c'est là probablement le motif qui a porté le Conseil d'Etat à ne pas déférer à la demande du Tribunat.

[1] Arg. art. 147 cbn. 189. Maleville, sur l'art. 147. Delvincourt, sur l'art. 189. Zachariæ, § 468, texte *in principio.*

tion : entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants légitimes[2]; entre les enfants adoptifs du même individu ; entre l'adopté et les enfants légitimes qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté[3]. Art. 348.

3° La femme, dont le mariage a été dissous ou annulé[4], par quelque cause que ce soit, ne peut se remarier que dix mois après la dissolution ou l'annulation de ce mariage[5]. Art. 228 et 296[6].

4° Les époux divorcés, soit par consentement mutuel, soit pour cause déterminée, ne peuvent plus se réunir[7]. Art. 295[8].

[2] Il ne peut exister aucun lien de parenté, ni civile, ni naturelle, entre l'adoptant et les enfants naturels de l'adopté. D'ailleurs, la prohibition ne saurait être étendue aux enfants naturels, par cela même que l'art. 348 ne les désigne pas en termes exprès. Arg. art. 161, 162 et 163. Cpr. § 461, note 8. Demolombe, III, 109. Zachariæ, § 463, texte et note 1. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 173, à la note.

[3] Proudhon (I, p. 403), Merlin (*Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 29), Vazeille (I, 228), et MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain (I, 159) rangent au nombre des empêchements dirimants, celui qui résulte des prohibitions portées par l'art. 348. Mais cette opinion, que ces auteurs n'ont pas même cherché à justifier, est en opposition avec le principe qu'il n'existe pas, en matière de mariage, de nullités virtuelles. Cpr. § 458, texte et note 2. L'art. 184 n'ouvre d'action en nullité pour cause d'inceste, qu'à raison de la violation des prohibitions établies par les art. 161, 162 et 163. On ne saurait donc, sans ajouter à la lettre de la loi, et même sans fausser son esprit, étendre cette action en nullité au cas de violation des dispositions de l'art. 348. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 348, n° 2 ; Demolombe, III, 338 ; Zachariæ, § 468, note 2.

[4] Arg. art. 228 et 296. *Par est ratio*. Duranton, II, 176, à la note. Vazeille, I, 102. Marcadé, sur l'art. 228, n° 2. Demolombe, III, 124. Glasson, n° 163. Zachariæ, § 468, note 5. Trèves, 30 avril 1806, Sir., 6, 2, 139.

[5] Delvincourt (I, p. 125), et Proudhon (I, p. 404, et II, 49) enseignent que cet empêchement est dirimant. Mais leur opinion a été rejetée par les autres auteurs et par la jurisprudence. Locré, II, p. 379. Merlin, *Rép.*, v° Noces (secondes), § 2, n° 1. Toullier, I, 651, et II, 664. Duranton, *loc. cit.* Vazeille, I, 100. Marcadé, *loc. cit.* Valette, sur Proudhon, I, p. 404 et 405. Demolombe, III, 337. Zachariæ, § 468, texte et note 6. Dijon, 3 juillet 1807, Sir., 7, 2, 321. Colmar, 7 juin 1808, Sir., 9, 2, 168. Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., 12, 1, 46.

[6] Cpr. Code pénal, art. 194.

[7] Proudhon (I, 406) range encore cet empêchement au nombre des dirimants. Voy. dans le sens de notre opinion : Toullier, I, 651 ; Duranton, II, 178 ; Demolombe, III, 339; Zachariæ, § 468, texte et note 4.

[8] Quoique le divorce ait été aboli, il peut encore exister des époux divorcés

5° Lorsqu'un divorce a été prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais épouser son complice[9]. Art. 298[10]. Cet empêchement n'est, du reste, pas susceptible d'être étendu au cas de séparation de corps[11].

6° Les militaires, de toute arme et de tout grade, appartenant, soit à l'armée de terre, soit à l'armée de mer, et les personnes qui

antérieurement à la loi du 8 mai 1816. Voilà pourquoi nous avons cru devoir mentionner les empêchements résultant des art. 295 et 298. Mais nous passerons sous silence l'empêchement établi par l'art. 297, dont l'application ne peut plus avoir lieu aujourd'hui. — MM. Vazeille (I, 103) et Zachariæ (§ 468, note 4, *in fine*) prétendent que la loi qui a aboli le divorce, a virtuellement rendu aux époux antérieurement divorcés le droit de se réunir. Voy. dans le même sens : Toullier, I, 556 ; Duranton, II, 180 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 406, note *a*; Marcadé, II, p. 46, n° 4. Les considérations que présentent ces auteurs seraient sans doute très-puissantes, s'il s'agissait de discuter, dans une assemblée législative, le maintien ou la levée de la prohibition établie par l'art. 295 ; mais nous ne pensons pas que, dans l'état actuel de la législation, elles puissent prévaloir contre le texte formel de la loi du 8 mai 1816, qui, en abolissant le divorce pour l'avenir, a laissé subsister les effets attachés, par le titre VI, liv. I, du Code Napoléon, aux divorces antérieurement prononcés. Duvergier, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 24. Demolombe, III, 125 et 329. Paris, 14 juin 1847, Sir., 47, 2, 400.

[9] Delvincourt (I, p. 67 et 75 de la première partie), Proudhon et M. Valette (I, p. 407) soutiennent que cet empêchement est dirimant. Mais voy. dans le sens de notre opinion : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 9; Toullier, I, 651 ; Duranton, II, 178 ; Vazeille, I, 103 ; Demolombe, III, 339 ; Zachariæ, § 468, texte et note 10.

[10] On enseigne assez généralement que cette prohibition subsiste encore aujourd'hui, malgré l'abolition du divorce. Cpr. Delvincourt, I, p. 132 ; Duranton, II, 177 ; Vazeille, *loc. cit.* ; Marcadé, II, p. 45, n° 4 ; Demolombe, III, 125.

[11] Toullier, I, 155. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 47. Duranton, II, 179. Aux raisons données par ces auteurs, qui se fondent uniquement sur le principe, que les dispositions prohibitives ne sont pas susceptibles d'être étendues d'un cas à un autre, on peut encore ajouter qu'il n'existe pas, sous le rapport dont il s'agit, d'analogie entre le divorce et la séparation de corps. La loi n'a pas voulu que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, pût, en épousant immédiatement son complice, trouver dans le divorce même la récompense de ses déportements. Mais, comme la séparation de corps ne dissout pas le mariage, et que l'époux séparé ne peut se remarier qu'après la mort de son conjoint, les motifs qui servent de base à la disposition de l'art. 298, ne s'appliquent pas à la séparation de corps comme au divorce. Voy. dans ce sens : Marcadé, *loc. cit.* ; Demolombe, III, 126. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 132. Cpr. aussi : Vazeille, I, 103 ; Zachariæ, § 468, note 9.

leur sont assimilées, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs supérieurs [12].

7° L'enfant naturel non reconnu, ou l'enfant naturel reconnu dont les père et mère sont décédés, ne peut, avant l'âge de vingt-un ans, se marier sans le consentement d'un tuteur *ad hoc* [13].

8° Les enfants, soit légitimes, soit naturels, qui ont atteint l'âge, passé lequel ils sont admis à se marier sans le consentement de leurs ascendants, ne peuvent cependant contracter un mariage auquel ces derniers ne veulent pas consentir, sans avoir au préalable demandé leur conseil, au moyen d'un ou de plusieurs actes respectueux.

a. Du conseil à demander par les enfants légitimes. — La demande de conseil doit être faite au père et à la mère [14], à moins que l'un des deux ne soit décédé, ou ne se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté [15], auquel cas il suffit de l'adresser à l'autre. Si le père et la mère n'existent plus, ou s'ils sont tous les deux incapables de manifester leur volonté [16], le conseil sera demandé

[12] Décrets du 16 juin, du 3 et du 23 août 1808. Avis du Conseil d'Etat des 22 novembre-21 décembre 1808. Décret du 23 mars 1852, art. 37 et 38. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 5; Vazeille, I, 133.

[13] L'absence de ce consentement n'engendre qu'un empêchement prohibitif. Cpr. § 462, texte et note 73.

[14] Duranton, II, 106. Zachariæ, § 468, texte et note 16. — Il ne suffirait même pas que la demande faite au père seul, lui eût été adressée, tant pour lui que pour la mère, et qu'il eût répondu, tant en son propre nom qu'en celui de cette dernière. Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 2. Marcadé, sur l'art. 151, n° 1. Demolombe, III, 62. Bruxelles, 5 mai 1808, Sir., 9, 2, 84. Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13, 2, 157. Douai, 25 janvier 1815, Sir., 16, 2, 114.

[15] Cpr. à cet égard : § 462, texte, notes 27 à 31 ; et la note suivante.

[16] C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque le père et la mère sont tous deux absents. Cpr. art. 155 ; et Avis du Conseil d'Etat des 27 messidor-4 thermidor an XIII. — Il ne faut pas conclure de l'art. 155, que l'enfant soit, en cas d'absence de ses père et mère, dispensé de demander le conseil de ses autres ascendants. Pour bien comprendre cet article, on doit le combiner avec l'art. 151, aux termes duquel les aïeuls et aïeules remplacent les pères et mères qui se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Duranton, II, 112. Valette, sur Proudhon, I, p. 379, note *a*. Demolombe, III, 63. Zachariæ, § 468, texte et note 17.

aux aïeuls et aïeules de l'une et de l'autre ligne [17]; enfin, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, aux bisaïeuls et bisaïeules [18]. Art. 151.

Le conseil ne peut être demandé d'une manière utile, que lorsque les futurs époux ont, l'un et l'autre, accompli l'âge requis pour procéder immédiatement à la célébration du mariage [19].

La demande du conseil doit être formée, au nom de l'enfant, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, possédant les qualités exigées par les art. 9 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat [20]. La présence réelle du notaire en second ou des deux témoins est indispensable [21].

Mais il n'est pas nécessaire que l'enfant soit présent en personne [22], ou qu'il se fasse représenter par un fondé de pouvoir

17 Duranton, II, 106. Demolombe, III, 62.

18 Cpr. § 462, note 34. Zachariæ, § 468, texte et note 18.

19 Montpellier, 12 août 1869, Sir., 69, 2, 202.

20 Zachariæ, § 468, note 20 *in fine*. Ainsi, il faut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où la demande est faite. Demolombe, III, 76. Angers, 20 janvier 1809, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 9. Rouen, 13 mai 1839, Dalloz, 1839, 2, 166.

21 Lyon, 23 décembre 1831, Sir., 31, 2, 267. Cpr. aussi les autorités citées la note 30 *infra*. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 77. Cet auteur se fonde principalement sur les dispositions de la loi du 21 juin 1843. Mais l'application qu'il en fait à la question, nous paraît erronée. L'art. 154 exige, en effet, que l'acte respectueux soit notifié par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ce qui suppose le concours personnel de tous ceux qui doivent coopérer à cette notification; et l'on étendrait indûment la portée de la loi précitée, en appliquant l'interprétation qu'elle a donnée de l'art. 9 de celle du 25 ventôse an XI, à des actes qui, comme les protêts ou les actes respectueux, sont réglés par des dispositions toutes spéciales.

22 Maleville, I, p. 174. Merlin, *Rép.*, v° Sommation respectueuse, n° 3, et *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 9. Toullier, I, 549. Duranton, II, 111. Vazeille, I, 138. Marcadé, sur l'art. 154. Demolombe, III, 71. Zachariæ, § 468, texte et note 21. Rouen, 6 mars 1806, Sir., 6, 2, 104. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 768. Req. rej., 4 novembre 1807, Sir., 8, 1, 57. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116. Toulouse, 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 99. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Toulouse, 27 novembre 1861, Sir., 63, 2, 67. Cpr. Grenoble, 1er septembre 1863, Sir., 63, 2, 190. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 118; Caen, 1er prairial an XIII, Sir., 5, 2, 143; Angers, 20 janvier 1809, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 9.

spécial[23]. Les notaires, ou le notaire et les témoins, chargés de former en son nom la demande de conseil, n'ont pas même besoin d'administrer une preuve écrite des pouvoirs qu'ils ont reçus à cet effet [24].

La demande doit être faite en termes formels [25], et conçue dans une forme respectueuse [26]. Elle doit être adressée à la personne même des ascendants [27], à moins que ces derniers ne se trouvent pas à leur domicile, ou ne défendent l'entrée de leur apparte-

23 C'est ce que décident implicitement les auteurs et les arrêts cités à la note précédente. Voy. aussi : Demolombe, III, 72 ; Zachariæ, § 468, note 20. La Cour de Douai, qui, d'abord (8 janvier 1828, Sir., 28, 2, 183), avait jugé le contraire, a depuis (27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44) réformé sa jurisprudence.

24 Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 10. Liége, 26 décembre 1812, et Bruxelles, 29 mars 1820, Merlin, *op., v° et loc. citt.* Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Voy. cep. Vazeille, I, 141 ; Demolombe, *loc. cit.*

25 Il est même prudent d'employer les termes dont se sert l'art. 151. Toutefois ces termes ne sont pas sacramentels, et l'acte respectueux serait valable si, au lieu de se servir du mot *conseil*, on avait employé celui de *consentement*. Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, quest. 16. Demolombe III, 78. Req. rej., 24 décembre 1807, Sir., 7, 2, 1048. Toulouse, 27 juin 1821, Sir., 22, 2, 98. Amiens, 8 avril 1825, Sir., 25, 2, 425.

26 L'emploi des mots *sommation, sommer, interpellation, interpeller,* ne rend pas nécessairement irrespectueuse la demande dans laquelle on s'en est servi. Merlin, *Rép.*, v° Sommation respectueuse, n° 3. Favard, *Rép.*, v° Acte respectueux, n° 3. Demolombe, *loc. cit.* Rouen, 6 mars 1806, Sir., 6, 2, 104. Req. rej., 4 novembre 1807, Sir., 8, 2, 57. Cpr. cep. Bordeaux, Sir., 5, 2, 93. — On ne doit pas non plus considérer comme irrespectueuse, la demande qui serait faite en vertu d'une seule et même procuration, donnée pour la notification des trois actes respectueux exigés dans le cas prévu par l'art. 154. Demolombe III, 79. Caen, 11 avril 1822, et 24 février 1827, Sir., 28, 2, 51. Cpr. Douai, 8 janvier 1828, Sir., 28, 2, 185. Voy. cep. en sens contraire : Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., 25, 2, 375 ; Rouen, 19 mars 1828, Sir., 28, 2, 119. On devrait le décider ainsi, quand même une copie de la procuration aurait été donnée en tête des actes respectueux. Merlin, *Quest.*, v° Acte respectueux, § 3, quest. 19. — Cpr. encore sur des questions analogues : Merlin, *op. et v° citt.*, p. 41, n°s 26 et 27 ; Demolombe, III, 80.

27 Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, quest. 4. Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13, 2, 157. Toulouse, 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 99. Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., 25, 2, 375.

ment[28]. La demande doit être constatée par un procès-verbal[29], dans lequel il sera fait mention de la réponse des ascendants, à moins que ces derniers ne refusent de répondre, ou que le conseil ne soit demandé en leur absence. Ce procès-verbal, qui sera rédigé dans la forme ordinaire des actes notariés[30], doit être notifié[31] à la personne des ascendants auxquels le conseil est demandé, ou à leur domicile, s'ils ne sont pas chez eux, ou qu'ils se fassent céler[32]. Copie[33] séparée doit en être laissée à chacun d'eux[34]. Art. 154.

28 Merlin, *op. v° et loc. citt.* Delvincourt, I, p. 118. Toullier, I, 549. Duranton, II, 110. Vazeille, I, 136. Marcadé, sur l'art. 154. Demolombe III, 81. Bruxelles, 21 frimaire an XIII, Sir., 5, 2, 26. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116. Toulouse, 26 juin et 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 98 et 99. Amiens, 8 avril 1825, Sir., 25, 2, 425. Req. rej., 11 juillet 1327, Sir., 27, 1, 473. Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Riom, 28 janvier 1839, Sir., 39, 2, 100.

29 Cpr. Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, quest. 1.

30 Demolombe, III, 75. Zachariæ, § 468, note 22. — Ainsi, il doit être signé par les deux notaires, ou par le notaire et les deux témoins. L. du 25 ventôse an XI, art. 9 et 14. Merlin, *Quest.*, v° Acte respectueux, § 3, quest. 6. Rennes, 1er juin 1859, Sir., 59, 481. Voy. en sens contraire : Allemand, I, 245 ; Demolombe, III, 77. — Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit revêtu de la signature de l'enfant. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 56 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Cpr. notes 22 et 23 *supra*. — Ainsi encore, il doit énoncer les noms, prénoms, qualités, et demeures des témoins. L. du 25 ventôse an XI, art. 13. Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, quest. 7. — Les actes respectueux peuvent être faits les jours fériés. Agen, 27 août 1829, Sir., 32, 2, 298. Cpr. cep. Demolombe, III, 82.

31 Il n'est pas nécessaire que cette notification soit constatée par un acte distinct et séparé. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Cpr. cep. Demolombe, III, 75 ; Bordeaux, 12 fructidor an XIII, Sir., 7, 2, 769 ; Toulouse, 2 février 1830, Sir., 30, 2, 177.

32 Zachariæ, § 468, note 19. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116. Toulouse, 27 juin et 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 98 et 99. Req. rej. 11 juillet 1827. Sir., 27, 1, 473. Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133. Grenoble, 1er septembre 1863, Sir., 63, 2, 190. Cpr. Caen, 12 décembre 1812, Sir , 13, 2, 157 : Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., 25, 2, 375.

33 La copie doit-elle être signée par le notaire en second ou par les deux témoins ? Voy. pour l'affirmative : Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, quest. 6 ; Vazeille, I, 136 ; Zachariæ, § 468, note 24 ; Paris, 12 février 1811, Sir., 11, 2, 471 ; Rennes, 1er juin 1859, Sir., 59, 2, 481. Voy. pour la négative : Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Acte respectueux, n° 85 : Allemand, I, 243 ; Pezzani, n° 336 ; Demolombe, III, 77 ; Montpellier, 31 décembre 1821, Sir., 22, 2, 247 ; Toulouse, 7 juin 1830, Sir., 30, 2, 242 ; Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238.

34 Merlin, *op. et v° citt.*, § 3. quest. 3. Vazeille, I, 134. Demolombe, III,

S'il ne se trouve personne au domicile des ascendants, la notification peut être faite, et la copie laissée, à un voisin ou au maire de la commune[35].

Lorsque les garçons n'ont point encore accompli leur trentième année, et les filles leur vingt-cinquième, la demande de conseil doit avoir lieu à trois reprises, de mois en mois[36]. Après cet âge[37], un seul acte respectueux suffit. Il ne peut être passé outre à la célébration du mariage, qu'un mois après la notification du troisième acte respectueux, ou, s'il n'en faut qu'un seul, qu'un mois après sa notification. Art. 152 et 153.

Du reste, les enfants ont la liberté de se retirer où bon leur semble, pendant le temps nécessaire pour l'accomplissement de ces

62. Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13, 2, 157. Poitiers, 2 mars 1825, Dalloz, 1825, 2, 166. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 468, note 24, *in fine;* Bruxelles, 9 janvier 1824, Sir., 25, 2, 376.

35 Code de procéd., art. 68. Merlin, *Quest.*, v° Acte respectueux, § 3, quest. 12. Chardon, *Puissance paternelle*, n° 246. Montpellier, 17 août 1855, Sir., 55, 2, 722. Besançon, 19 février 1861, Sir., 61, 2, 382. Amiens, 8 juin 1869, Sir., 70, 2, 100.

36 Il faut, pour la supputation de ce délai, observer les règles générales indiquées au § 49 : *Dies a quo non computatur in termino ; Dies ad quem computatur in termino.* L'art. 1033 du Code de procédure civile ne s'applique pas à la notification des actes respectueux. Ainsi, la demande de conseil faite le 1er juin, peut être renouvelée le 1er juillet, mais non auparavant. Merlin, *op. et v° citt.*, § 2, quest. 1. Duranton, II, 107. Demolombe, III, 67. Zachariæ, § 468, note 26. Paris, 19 octobre 1809, Sir., 10, 2, 371. Lyon, 23 décembre 1831, Sir., 32, 2, 267. Bordeaux, 19 juin 1844, Sir., 44, 2, 504. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 118. — Du reste, les mois doivent se compter de quantième à quantième, et non par révolution de trente jours. Merlin, *op. et v° citt.*, § 2, quest. 2. Cpr. § 49, texte, notes 11 et 12.

37 C'est-à-dire, après l'âge de trente ans pour les garçons, et après celui de vingt-cinq ans pour les filles. C'est évidemment par inadvertance, que les rédacteurs du Code ont omis de faire cette distinction dans l'art. 153. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, IV, p. 590, n° 4). Locré, II, p. 83. Merlin, *op. et v° citt.*, § 2, quest. 3. Proudhon, I, p. 478. Delvincourt, I, p. 118. Toullier, I, 548, à la note. Duranton, II, 18. Vazeille, I, 135. Marcadé, sur l'art. 153. Demolombe, III, 66. Zachariæ, § 468, texte et note 25. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 8, 2, 769. Paris, 19 septembre 1815, Sir., 16, 2, 343.

formalités; et les tribunaux ne sont pas autorisés à leur assigner une autre demeure que celle qu'ils ont choisie[38].

Les formalités prescrites par les art. 151 et 154, et celles que l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI mentionne comme nécessaires à la validité des actes notariés en général, doivent être accomplies à peine de nullité de l'acte respectueux dans lequel elles auraient été omises [39]. L'inobservation des délais prescrits par l'art. 152, entraîne aussi la nullité du second et du troisième acte respectueux qui auraient été notifiés avant l'écoulement de ces délais.

En cas d'omission ou de nullité de l'acte respectueux, ou de l'un des trois actes respectueux exigés par la loi, les ascendants auxquels compète le droit d'opposition [40], peuvent, en s'opposant au mariage, demander qu'il soit sursis à la célébration, jusqu'après l'accomplissement régulier des formalités prescrites par la loi, et l'écoulement des délais qu'elle indique. Ils jouissent de la même faculté dans le cas où les enfants soumis à l'obligation de demander leur conseil, voudraient contracter mariage avant le laps d'un mois, à dater de la notification du premier ou du troisième acte respectueux. Mais ils ne peuvent, dans le cas même où il y aurait eu omission absolue de tout acte respectueux, demander, pour ce

38 Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, quest. 13, 14 et 15. Vazeille, I, 139. Demolombe, III, 73. Zachariæ, § 468, note 12, *in fine*. Civ. cass., 21 mars 1809, Sir., 9, 1, 199. Agen, 27 août 1829, Sir., 32, 2, 298. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Civ. cass., 8 décembre 1856, Sir., 57, 1, 89. Amiens, 3 juin 1869, Sir., 70, 2, 100. Voy. en sens contraire: Montpellier, 31 décembre 1821, Sir., 32, 2, 247; Aix, 6 janvier 1824, Sir., 25, 2, 326; Paris, 26 novembre 1836, Sir., 37, 2, 22.

39 Les formalités prescrites par les art. 151 et 154, ayant pour objet de mettre les ascendants à même d'exercer pleinement et librement le droit de conseil qui leur compète, on doit les considérer comme indispensables au but que le législateur a eu en vue, et par suite on doit regarder comme entachés de nullité virtuelle, les actes respectueux dans lesquels l'une ou l'autre de ces formalités aurait été omise. Cpr. § 37, texte et note 9. C'est aussi en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée. Dans les nombreux arrêts rendus sur cette matière, le litige a presque toujours porté uniquement sur la question de savoir si telle ou telle formalité était ou non prescrite par la loi; et l'on n'a pour ainsi dire jamais contesté que l'omission d'une formalité exigée par la loi, ne dût entraîner la nullité de l'acte respectueux dans lequel elle aurait été omise. Cpr. Merlin, *op. et v° citt.*, § 3; Zachariæ, § 468, texte et note 28.

40 Cpr. § 454, texte et notes 4 à 7; § 462, note 24.

motif, la nullité d'un mariage déjà célébré[41]. La sanction de la loi consiste, en pareil cas, en un emprisonnement d'un mois au moins, et en une amende de trois cents francs au plus, prononcés contre l'officier de l'état civil qui a procédé au mariage, sans qu'il y ait eu notification de l'acte respectueux ou des trois actes respectueux exigés par la loi. Art. 157 cbn. 156 et 192.

Lorsque les ascendants ne sont pas d'accord entre eux, l'enfant n'est pas tenu de faire signifier des actes respectueux aux ascendants non consentants, dont le consentement n'est pas nécessaire à la validité du mariage. Ainsi, par exemple, il n'est besoin de faire aucun acte respectueux à l'aïeul et à l'aïeule paternels, lorsque l'aïeul maternel étant mort, l'aïeule maternelle consent au mariage[42]. Cpr. art. 148 à 150.

Si le consentement au mariage, d'abord refusé, est ensuite accordé, il peut être immédiatement passé outre à la célébration, quoique les formalités et les délais ci-dessus indiqués, ne se trouvent pas encore accomplis ou écoulés. Art. 152.

b. Du conseil à demander par les enfants naturels. — Tout ce qui a été dit en parlant des enfants légitimes, s'applique aussi aux enfants naturels reconnus, avec la restriction cependant que ces derniers ne sont tenus de demander que le conseil de leurs père et mère, et non celui de leurs aïeuls et aïeules, ou autres ascendants d'un degré supérieur. Art. 158.

§ 464.

Examen de certains cas dans lesquels il y a controverse sur le point de savoir, s'il existe ou non un empêchement de mariage.

1° *De l'interdiction judiciaire*[1].

Le Tribunat avait demandé que l'interdit pour cause de démence ou de fureur, fût déclaré absolument incapable de contracter ma-

[41] Cpr. art. 182. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, IV, p. 592 et 593, n° 8). Locré, II, p. 79. Delvincourt, I, p. 61 de la première partie, et p. 117 de la seconde. Duranton, II, 104 et 113. Favard, *Rép.*, v° Actes respectueux, n° 8. Demolombe, III, 91, 270 et 341. Zachariæ, § 467, texte, notes 7 *bis* et 9. Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Voy. en sens contraire : Toulouse, 29 juillet 1828, Sir., 29, 2, 29.

[42] Demolombe, III, 62. Poitiers, 8 juillet 1830, Sir., 30, 2, 239.

[1] Cpr. quant à ce premier cas, sur lequel il existe une grande divergence

riage, même pendant un intervalle lucide. Mais cette demande ne fut pas accueillie ; et l'article proposé par le Tribunat n'a pas passé dans le Code [2]. Il faut en conclure que l'interdiction ne forme pas, par elle-même, un empêchement dirimant de mariage [3].

Il est bien entendu que, si le mariage n'avait pas été contracté dans un intervalle lucide, il serait à considérer comme non avenu, et que toute personne intéressée serait toujours recevable à le faire déclarer tel. Les époux ou les autres personnes qui résisteraient à une pareille demande, en alléguant que le mariage a été célébré dans un intervalle lucide, auraient à rapporter la preuve de cette allégation [4].

Du reste, l'état de démence de l'un des futurs époux constitue un empêchement prohibitif, en se sens que l'opposition formée pour ce motif à la célébration du mariage, par l'une ou l'autre des personnes désignées aux art. 173 à 175, doit, en général [5], être maintenue, si l'interdiction du futur époux a déjà été prononcée, ou si elle vient à l'être sur la demande introduite à cet effet par l'opposant [6].

entre les auteurs : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 3, n° 1, et *Quest.*, v° Mariage, § 12 ; Toullier, I, 502 ; Duranton, II, 27 à 34 ; Vazeille, I, 88 à 90 ; Proudhon et Valette, I, p. 375 et 437, note *a*, II, p. 531 ; Marcadé, II, *Observations préliminaires sur le chap. IV du titre du mariage*, n° 2 ; Pont, *Revue de législation*, 1845, III, p. 239 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 289 à 294.

[2] Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 451, n° 2.

[3] Delisle, *De l'interprétation des lois*, II, p. 535. Demolombe, III, 127. Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 289 et 294. Demante, *Cours*, I, 222 *bis*, I. Valette, *Explication sommaire*, p. 363, n° 20. Glasson, n° 90. Req. rej., 12 novembre 1844. Sir. 45, 1, 246. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 114 ; Duranton, II, 27 et 33 ; Proudhon, I, p. 374 et 375 ; Vazeille, I, 88, et suiv. ; Allemand, I, 88 ; Pezzani, n° 150 ; Pont, *Revue de législation*, 1845, III, p. 239 et suiv.

[4] Voy. à cet égard : § 451 *bis*, texte, notes 3, 4 et 10.

[5] Voy. cep. § 454. texte et note 17.

[6] La théorie telle que nous l'exposons au texte, se fonde sur les considérations suivantes : 1° Il est aujourd'hui généralement reconnu qu'on ne peut, en fait de mariage, admettre d'autres nullités que celles qui sont littéralement établies par la loi. Or, il n'existe, au titre *Du mariage*, aucun texte qui frappe de nullité le mariage contracté par l'interdit, à raison de son état d'tnterdiction seul ; et les art. 502 à 504 sont évidemment inapplicables à la matière qui nous occupe. Cpr. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. 2° L'interdit, qui

2° De l'interdiction légale. — De l'état de contumace.

a. Les personnes frappées d'interdiction légale par suite de condamnations pénalcs, sont-elles, pendant la durée de leur peine, incapables de contracter mariage ?

Cette question doit, à notre avis, se résoudre par une distinction : l'interdiction légale engendre bien un empêchement prohibitif de mariage, mais il n'en résulte pas d'empêchement dirimant. L'officier de l'état civil pourrait et devrait donc, même en l'absence de toute opposition, refuser de procéder à la célébration du mariage d'un individu placé sous le coup d'une interdiction légale. En effet, d'après la lettre et l'esprit de la loi, l'incapacité dont un tel individu se trouve frappé, s'étend aussi bien au mariage qu'aux autres actes de la vie civile. Code pénal, art. 29. Mais si, par une erreur innoeente ou par une connivence coupable, l'officier de l'état civil avait prêté son ministère à la célébration du mariage d'une personne en état d'interdiction légale, ce mariage serait inattaquable,

a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, n'a pas besoin pour se marier du consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, et son mariage ne pourrait être annulé à cause de l'absence de ce consentement. En vain invoquerait-on en sens contraire, l'art. 509, et voudrait-on, en vertu de l'assimilation qu'il établit entre le mineur et l'interdit, appliquer à ce dernier, les dispositions des art. 148 à 150 et 158 à 160. Du moment, en effet, que l'on écarte l'application à la matière du ma riage des art. 502 à 504, il ne paraît plus possible d'y étendre la disposition de l'art. 509. Il serait sans doute désirable que cette extension, qui garantirait pleinement tous les intérêts, se trouvât législativement consacrée ; mais on ne saurait l'admettre dans l'état actuel de la législation. 3° En définitive, les seules dispositions qui aient trait au mariage que l'interdit se proposerait de contracter, ou que de fait il aurait contracté, sont les art. 146 et 174 ; et ces deux articles forment la base de notre théorie, qui se résume à dire que l'interdiction judiciaire n'a pas d'influence légale sur le sort du mariage contracté par l'interdit, et qu'elle forme seulement un empêchement prohibitif, sauf toutefois la déclaration de non-existence du mariage, pour le cas où il n'aurait pas été célébré dans un intervalle lucide. Cette théorie concorde dans ses résultats pratiques avec la jurisprudence de la Cour de cassation, à cette différence près, que la Cour suprême refuse de reconnaître la non-existence du mariage contracté par l'interdit en état de démence, et dénie par suite aux tiers intéressés le droit d'attaquer un pareil mariage. Cpr. Demolombe, III, 127 à 129, 146 à 148. Voy. cep. Glasson, n° 96.

parce que la loi n'en prononce pas la nullité, et qu'elle ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer [7].

Il est cependant à remarquer que les individus qui ont été condamnés à la déportation simple, en vertu de la loi des 5-22 avril et 8 juin 1850, sont, quoique frappés d'interdiction légale, admis, de plein droit, à l'exercice des droits civils dans le lieu de déportation, et que dès lors il n'existe pas même, en ce qui les concerne, d'empêchement prohibitif au mariage qu'ils voudraient contracter dans ce lieu.

D'un autre côté, les condamnés aux travaux forcés à temps, qui subissent leur peine aux colonies, peuvent obtenir du gouvernement l'autorisation d'y contracter mariage. Décret du 27 mars 1852, art. 4. Loi du 30 mai 1854, art. 12. Voyez aussi : Décret du 24 mars 1866.

b. La condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, entraînait autrefois, en vertu de l'art. 28 du Code Napoléon, privation de l'exercice des droits civils, et, par conséquent, de la faculté de se marier. Toutefois, l'empêchement résultant de cette incapacité n'était que prohibitif [8]. Depuis l'abolition de la mort civile, il ne peut plus être question de cet empêchement, puisque la condamnation par contumace à une peine même perpétuelle, n'emporte aujourd'hui que suspension des droits civiques, et reste sans influence sur l'exercice des droits civils [9].

[7] Cpr. § 458, notes 2 et 3. Vazeille, I, 87. Valette, sur Proudhon, II, p. 555. Hanin, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 380. Demolombe, I, 192. Demante, *Cours*, I, 72 *bis*, I. Voy. en sens contraire : Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 322 ; Boitard, *Leçons de Code pénal*, sur l'art. 29 ; Duranton, II, 36 et 37. Ce dernier auteur accorde à la personne qui a épousé un individu frappé d'interdiction légale, le droit de demander la nullité du mariage qu'elle a contracté dans l'ignorance du véritable état de son conjoint. Cette opinion doit être rejetée, parce qu'elle repose sur une distinction que rien ne justifie, et que l'erreur sur les qualités de la personne ne suffit pas pour fonder une demande en nullité de mariage. Cpr. § 462, texte, notes 6, 10 et 11.

[8] Demolombe, I, 127, *in fine ;* III, 121 et 136. Hanin, *op. cit.*, n°s 303 et 317. Cpr. § 84, texte n° 2 et note 28. Voy. cep. Valette, sur Proudhon, I, p. 147. Suivant cet auteur, qui toutefois ne propose son opinion qu'avec une extrême défiance, l'état de contumace n'aurait pas même produit d'empêchement prohibitif.

[9] Cpr. § 84, texte n° 1, et note 5; § 85, texte n° 2, et note 12.

3° *De l'engagement dans les ordres sacrés.*

L'empêchement dirimant qu'engendrait autrefois l'engagement dans les ordres sacrés [10], ayant été levé par les lois postérieures à 1789 [11], et n'ayant été rétabli comme tel, ni par le concordat du 23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an X [12], ni par le Code Napoléon [13], il en résulte que les mariages des prêtres catholiques sont valables aux yeux de la loi civile [14].

[10] Cpr. Concile de Trente, 24e session, *de sacramento matrimonii*, can. 9. Sans examiner ici la question de savoir si les actes de ce concile, touchant la discipline, ont été généralement reçus en France, toujours est-il que, d'après une jurisprudence invariable, les anciens parlements ont constamment regardé l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage. Van Espen, I, p. 581. D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, au titre *Des empêchements dirimants de mariage*. Despeisses, *Des contrats*, part I, tit. XIII, sect. I, n° 6. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 117. Desessarts et Merlin, *Rép.*, v° Célibat, nos 2 et 3, première époque ; *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 1, *in fine*, à la note. Toullier, I, 559. Vazeille, I, 94. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., 3, 1, 321. Civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., 5, 1, 173.

[11] Cpr. Constitution des 3-14 septembre 1791 ; Décrets du 17 décembre 1792, des 19 juillet, 29 juillet, 12 août et 17 septembre 1793 ; Merlin, *Rép.*, v° Célibat, n° 3, deuxième époque ; Civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., 5, 1, 483 ; Civ. rej., 22 janvier 1812, Sir., 12, 1, 161.

[12] En exposant au Corps législatif les motifs de cette loi, rapportés dans le recueil de Sirey (II, 2, 37 et suiv.), Portalis disait : « D'autre part, pour les « ministres mêmes que nous conservons, et à qui le célibat est ordonné par les « règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage par ces « règlements, n'est pas consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre « civil. »

[13] On lit encore dans l'*Exposé de motifs* du titre *Du mariage*, présenté par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 497, n° 27) : « C'est d'après ce principe, que l'en- « gagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique, et la disparité de culte « qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le « sont plus. »

[14] La loi civile n'ouvre en effet aucune action en nullité, à raison de la violation de la défense établie par la loi religieuse, et ne donne à qui que ce soit le droit d'attaquer les mariages contractés au mépris de cette défense. Cpr. § 458, notes 2 et 3. Merlin, *Rép.*, v° Célibat, § 3, troisième et quatrième époques ; et *Quest.*, v° Mariage, § 5, nos 4 et 5. Toullier, I, 559 et 560. Vazeille, I, 94 et 95. Favard, *Rép.*, III, p. 458 et 459. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., 21, 1, 826. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Voy. cep. en sens contraire : Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 272 et suiv.

La seule question qui puisse donner lieu à une sérieuse discussion, est celle de savoir si l'engagement dans les ordres sacrés constitue ou non, dans l'état actuel de la législation, un empêchement prohibitif [15].

On a cité pour l'affirmative, trois lettres écrites, le 14 janvier 1806, le 30 janvier et le 9 février 1807, par Portalis, ministre des cultes [16], en vertu d'une décision orale de l'empereur. Mais ces lettres ministérielles, quelque explicites qu'elles soient sur la question, ne sont pas obligatoires pour les tribunaux, et ne sauraient dès lors résoudre la difficulte [17]. On s'est aussi prévalu de l'art. 6 de la charte de 1814, qui déclarait la religion catholique, apostolique et romaine, religion de l'État. Mais l'argument que l'on prétendait tirer de cette disposition, qui a été supprimée dans la charte de 1830, et qui ne se retrouve pas davantage dans la Constitution du 4 novembre 1348, ni dans celle du 14 janvier 1852, n'a plus aujourd'hui la même valeur. Enfin, on a invoqué l'art. 6 de la loi du 18 germinal an X, qui range au nombre des cas d'appel comme d'abus, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, et l'art. 26 de la même loi, qui impose aux évêques l'obligation de n'ordonner que des ecclésiastiques réunissant les qualités requises par les canons. Mais l'argument qu'on veut tirer de ces articles prouve trop, et conduit à des conséquences évidemment erronées : si l'on admet que la loi du

15 Voy. pour l'affirmative : Favard, *Rép.*, III, p. 459 et 460 ; Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 175 ; Pezzani, *Des empêchements de mariage*, n° 206 ; Marcadé, II, p. 51 ; Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 389 ; Turin, 30 mai 1811, Sir., 12, 2, 241 ; Paris, 27 décembre 1828, Sir., 29, 2, 33 ; Paris, 14 janvier 1832, Sir., 32, 2, 65 ; Req. rej., 21 février 1833, Sir., 33, 1, 168 ; Limoges, 17 janvier 1846, Sir., 46, 2, 97 ; Req. rej., 23 février 1847, Sir., 47, 1, 177 ; Alger, 11 décembre 1851, Sir., 51, 2, 760. Voy. pour la négative : Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 6 ; *Dissertation* de M. Parent-Réal, Sir., 12, 2, 243 ; *Observations critiques* de Sirey, Sir., 9, 2, 391 ; 29, 2, 35 ; 33, 1, 178 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 415 ; Serrigny, *Droit public français*, I, p. 577 ; Demolombe, III, 131 ; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 46 et 47, *locc. citt.* ; Saint-Menehould, 18 août 1827, Nancy, 23 avril 1828, Cambrai, 7 mai 1828, Sir., 29, 2, 36 à 38 ; Issoudun, 27 décembre 1831, Sir., 32, 2, 389. Cpr. aussi : Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., 10, 1, 60.

16 Les deux premières sont rapportées par Locré (*Lég.*, IV, p. 610 à 612) et par Favard (*Rép.*, III, p. 459 et 460). La troisième se trouve dans ce dernier ouvrage, *loc. cit.*

17 Cpr. § 5, texte et note 21.

18 germinal an X a rendu civilement obligatoires, les canons qui prohibent le mariage des prêtres, on sera forcé d'admettre également que l'engagement dans les ordres sacrés constitue un engagement dirimant de mariage, quoique l'orateur du gouvernement ait formellement dit le contraire, en exposant, au Corps législatif, les motifs de la loi du 18 germinal an X.

Des raisons plus décisives, et d'un ordre plus élevé, peuvent, à notre avis, être invoquées en faveur de la solution affirmative de la question ci-dessus posée [18]. L'exercice public du culte catholique ayant été rétabli en France par le concordat du 23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an X, l'Église a, par cela même, acquis le droit de procéder aux actes extérieurs qui, d'après son dogme et sa discipline, sont indispensables à l'exercice public de ce culte, et notamment à l'ordination des prêtres [19]. C'est un devoir pour tous les citoyens en général, pour les fonctionnaires et les magistrats en particulier, de respecter ces actes [20]. Or, comme en consacrant un prêtre, l'Église lui imprime un caractère qui, d'après les canons, le rend à jamais incapable de contracter mariags, la société doit l'accepter avec ce caractère, et ne pas lui permettre d'enfreindre les engagements qu'il entraîne [21]. Les officiers de l'état civil et les tribunaux ne pourraient donc prêter la main au mariage d'un prêtre, sans méconnaître les conséquences d'un acte extérieur auquel, d'après la législation existante, l'Église catholique a le droit de procéder, et sans violer ainsi les dispositions qui garantissent l'exercice de son culte. C'est en vain que, pour réfuter ces raisons, on invoquerait le silence du Code Napo-

18 Cpr. Fœlix, *Revue étrangère et française*, 1838, V, p. 92, à la note; Demante, *Cours*, I, 225 *bis*, II.

19 Après avoir déterminé les qualités que doit avoir l'ordinand, l'art. 16 de la loi du 18 germinal an X ajoute que les évêques ne feront aucune ordination, avant que le nombre des personnes à ordonner ait été soumis au gouvernement et par lui agréé. L'ordination est donc un acte qui a lieu sous l'autorisation spéciale du gouvernement.

20 L'art. 7 de la loi du 26 germinal an X, ouvre même un recours au Conseil d'État pour toute atteinte portée à l'exercice public du culte.

21 Ce caractère est reconnu par l'État, qui y a même attaché diverses prérogatives dans l'ordre civil. Ainsi, les ecclésiastiques sont, en certains cas, exemptés de la tutelle. Avis du Conseil d'État des 4-20 novembre 1806. Ainsi, ils sont affranchis du service militaire et de celui de la garde nationale. Loi du 21 mars 1832, art. 14. Loi du 22 mars 1831, art. 12. Loi du 13 juin 1851, art. 8.

léon, qui, par cela même qu'il est muet sur ce point, a laissé les choses dans l'état où les avaient placées le concordat et la loi du 18 germinal an X. Nous considérons donc l'engagement dans les ordres sacrés, comme constituant un empêchement prohibitif.

Notre manière de voir a été confirmée, à deux reprises, par des actes émanés du pouvoir législatif. Une pétition ayant été adressée, en 1848, à l'Assemblée constituante, pour demander une loi qui autorisât le mariage des prêtres catholiques, le comité des cultes, auquel cette pétition fut renvoyée, conclut à l'ordre du jour, par des considérations tirées du concordat, des articles organiques, de la morale publique, et de l'intérêt de la société. L'Assemblée législative fut saisie à son tour de la question en 1850, par une proposition ainsi conçue du représentant Raspail : «Il est interdit à tout maire, ou autre fonctionnaire public, de «s'opposer désormais à la célébration du mariage d'un citoyen en «état de satisfaire à toutes les conditions énoncées au tit. V, «liv. Ier, du Code civil, à quelque profession religieuse que ce «citoyen appartienne, et quelque vœu de chasteté qu'il ait précé-«demment fait.» Et voici les conclusions du rapport présenté par M. Moulin, au nom de la commission à laquelle cette proposition avait été soumise : «Il a paru à votre commission que l'Assemblée «n'avait pas à s'occuper sérieusement de la triste et malheureuse «question soulevée, après tant de décisions contraires, par la «proposition de M. Raspail. Nous vous demandons à l'unanimité «de ne pas la prendre en considération.» Sur ces conclusions, la proposition fut écartée par la question préalable, à la majorité de 457 voix contre 154 [22].

4° *Des vœux monastiques.*

La loi des 13-19 février 1790, qui supprima en France les ordres religieux dans lesquels on s'engage par des vœux solennels, déclare que l'Etat ne reconnaîtra plus à l'avenir de pareils vœux. Cette loi ne fut rapportée, ni par le concordat, ni par la loi du 18 germinal an X. Un décret du 3 messidor an XII en ordonna même l'exécution, en ce qui concerne les ordres religieux dans lesquels on se lie par des vœux perpétuels. Mais elle

22 *Moniteur* du mercredi 8 janvier 1851, p. 61 et 65, et du vendredi 24 janvier 1851, p. 247.

a été modifié par un décret postérieur, en date du 18 février 1807, contenant organisation des congrégations hospitalières de femmes. Les art. 7 et 8 de ce décret admettent en effet les élèves et novices de ces congrégations à contracter, à l'âge de seize ans, des vœux annuels, et à s'engager, lors de leur majorité, par des vœux de cinq ans, dont l'acte doit être reçu par l'officier de l'état civil.

Dans cet état de la législation [23], il est bien évident qu'en thèse générale, l'empêchement dirimant qui résultait autrefois des vœux monastiques, ne forme même plus aujourd'hui un empêchement prohibitif [24]. Mais cette solution doit être modifiée, à notre avis, en ce qui concerne les religieuses hospitalières [25]. Les vœux qu'elles contractent devant l'officier de l'état civil, engendrent un empêchement prohibitif, jusqu'à l'expiration du temps pour lequel elles se sont légalement engagées.

5° *De la parenté existant entre un grand-oncle et sa petite-nièce.*

La question de savoir si le mariage est permis entre le grand-oncle et la petite-nièce. a été résolue affirmativement par un avis du Conseil d'Etat, du 23 avril 1808, fondé sur ce que le Code Napoléon ne contient aucune disposition qui prohibe un pareil mariage [26]. Mais cet avis ne fut pas approuvé par l'empereur, qui fit insérer au *Bulletin des lois*, sous la date du 7 mai 1808, la décision suivante : «Le mariage entre un grand-oncle et sa petite-«nièce ne peut avoir lieu qu'en conséquence de dispenses accor-«dées conformément à ce qui est prescrit par l'art. 164 du «Code [27].»

23 La loi du 24 mai 1825, relative à l'autorisation et à l'existence légale des congrégations et communautés religieuses de femmes, ne s'occupe en aucune manière de la question des vœux.

24 Merlin, *Rép.*, v° Célibat, n° 3. Vazeille, I, 96. Valette, sur Proudhon, I, p. 418.

25 Si les auteurs cités dans la note précédente ne font pas cette restriction, c'est que le décret du 18 février 1809 leur a sans doute échappé ; du moins aucun d'eux ne le cite. Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, III, 132.

26 Cet avis, qui n'a point été inséré au *Bulletin des lois*, est rapporté par Locré (*Lég.*, IV, p. 620).

27 IV, B. 191, n° 3308. Ce n'est donc pas, ainsi que l'ont écrit Proudhon (I, p. 481 et 402), Toullier (I, 538, note 1) et Duranton (II, 168), un avis du Conseil d'Etat approuvé par l'empereur, mais une décision impériale rendue contre l'avis du Conseil d'Etat, qui a prohibé le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce.

Partant de là, la plupart des auteurs étendent au mariage d'un grand-oncle avec sa petite-nièce, les dispositions des art. 163 et 184 du Code [28]. Nous ne saurions partager cette manière de voir. Nous ne reconnaissons, en premier lieu, aucune autorité législative à la décision ci-dessus rapportée, puisqu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, et qu'elle n'est même revêtue, ni de la signature de l'empereur, ni de celle d'un ministre [29]. Nous pensons, en second lieu, que si, contre notre avis, cette décision devait être regardée comme obligatoire pour les tribunaux, il n'en pourrait jamais résulter qu'un empêchement simplement prohibitif, et non un empêchement dirimant. Car elle ne prononce pas la nullité du mariage contracté au mépris de la prohibition qu'elle établit, et ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer [30].

Suivant un autre système, les expressions *oncle* et *tante* seraient prises dans l'art. 163 d'une manière générique, et comprendraient ainsi le grand-oncle et la grand'tante[31]. Mais la rédaction, évidemment limitative de cet article, nous paraît contraire à cette explication, que repousse également l'ensemble de la discussion au Conseil d'Etat[32]. Si la prohibition portée par l'art. 163 peut être considérée comme un vestige du *respectus parentelæ*, ce n'est pas là une raison suffisante pour admettre que les rédacteurs du Code aient entendu consacrer toutes les conséquences de cette institution, ni surtout pour étendre, *ex mente legis*, une disposition qui, comme prononçant une incapacité sanctionnée par la peine de nullité, résiste de sa nature à toute interprétation extensive.

28 Outre les commentateurs cités à la note précédente, voy. encore : Delvincourt, I, p. 67 et 75 de la première partie ; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 2, *in fine;* Taulier, I, p. 281 ; Rieff, *Des actes de l'état civil*, p. 501 à 503 ; Zachariæ, § 466, note 5. — M. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 27) est, à notre connaissance, le seul auteur qui ait émis une autre opinion.

29 Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 55. Règlement du 5 nivôse an VIII, art. 11. Cpr. § 5, texte et note 2.

30 Cpr. § 458, texte, notes 2 et 3.

31 Voy. en ce sens : Zachariæ, § 466, texte et note 5 ; Marcadé, sur l'art. 163, n° 3 ; Demolombe, III, 105.

32 Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 331 et suiv., n° 3. Voy. aussi : Loi du 25 ventôse an XI, art. 8 ; Loi du 13 décembre 1848, art. 10.

6° *De l'impuissance*[33].

L'impuissance engendrait, dans l'ancien Droit, un empêchement dirimant de mariage[34]. En est-il de même aujourd'hui? Les avis sont partagés sur cette question, qui doit, à notre avis, être résolue négativement.

Le Code Napoléon, en effet, ne mentionne pas l'impuissance parmi les causes qui autorisent à demander l'annulation du mariage; et l'on ne trouve, dans la discussion au Conseil d'Etat du titre *Du mariage*, aucun indice de nature à faire supposer que l'intention des rédacteurs du Code ait été de consacrer à cet égard les dispositions de l'ancien Droit. Une intention toute opposée résulte, au contraire, de la discussion des titres *Du divorce*, *De la paternité et de la filiation*. Dans la séance du 26 vendémiaire an X[35], le premier consul, en s'occupant de l'impuissance comme d'une cause qui pourrait autoriser le divorce, c'est-à-dire, la dissolution d'un mariage existant et valable, donna par là même clairement à entendre que cette circonstance ne formait pas obstacle à la validité du mariage[36]. Dans la séance du 14 brumaire an X[37], Portalis et Tronchet énoncèrent, sans aucune contradiction, que l'impossibilité, ou du moins la grande difficulté, de prouver l'impuissance, et le scandale de cette preuve, n'avaient pas permis d'admettre l'impuissance, comme une cause de nullité de mariage[38]. Ainsi, le silence de la loi et les explications données à

33 Voy. ce que nous avons déjà dit à cet égard au § 451, texte et note 4, en traitant des conditions essentielles à l'existence du mariage.

34 Merlin, *Rép.*, v° Impuissance, n° 1. — L'arrêt de règlement rendu, le 18 février 1677, par le parlement de Paris, n'abolit que le congrès, et ne proscrivit pas les demandes en nullité de mariage pour cause d'impuissance. Cpr. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 458; Merlin, *Rép.*, v° Congrès, n° 3.

35 Locré, *Lég.*, V, p. 85, n° 9.

36 En définitive, l'impuissance n'a pas même été admise comme cause de divorce. Cpr. art. 229 à 233; *Discours* de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 291, n° 14).

37 Locré, *Lég.*, VI, p. 35 et suiv.

38 Merlin (*Rép.*, v° Impuissance, n° 2) fait remarquer, avec raison, que l'impuissance accidentelle, celle, par exemple, qui résulte d'une amputation, est très-facile à prouver, qu'il en est de même de l'impuissance naturelle, lorsqu'elle résulte d'un vice apparent de conformation. Il en conclut que l'impuissance peut, lorsqu'elle est manifeste, servir de fondement à une demande en nullité de ma-

l'appui de ce silence s'opposent également à ce qu'on regarde l'impuissance comme constituant par elle-même une cause de nullité de mariage [39].

Parmi les partisans de cette manière de voir, il en est cependant qui prétendent que, si l'un des époux était manifestement impuissant, l'autre époux pourrait, le cas échéant, demander, pour cause d'erreur, et en vertu de l'art. 180, l'annulation du mariage [40]. En envisageant la question sous ce nouveau point de vue, nous n'en persistons pas moins dans la solution que nous avons donnée [41]. L'erreur dans laquelle serait, en pareil cas, tombé l'un des époux, ne porterait en effet que sur les qualités physiques de l'autre, et

riage. Cette conclusion n'est point exacte. Pour interpréter sainement la loi, il faut se mettre au point de vue où le législateur s'est lui-même placé; et fût-il tombé dans une erreur évidente, on n'en doit pas moins admettre fictivement comme vraies, les raisons sur lesquelles il s'est fondé.

[39] Voy. en ce sens : Favard, *Rép.*, III, p. 457, n° 7; Vazeille, I, 90; Magnin, *Des minorités*, I, p. 96, à la note; Marcadé, II, p. 55, n° 7; Demolombe, III, 12; Glasson, n° 133; Gênes, 7 mars 1811, Sir., 11, 2, 193; Riom, 30 juin 1828, Sir., 28, 2, 226; Besançon, 28 août 1840, Sir., 40, 2, 444; Toulouse, 10 mars 1858, Sir., 58, 2, 660; Chambéry, 28 janvier 1867, Sir., 67, 2, 81; Nîmes, 29 novembre 1869, Sir., 70, 2, 78. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 206 et 207; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 319, note 1; Richefort, I, 16; Demante, *Cours*, I, 325 *bis*, IV; Trèves, 27 janvier et 1er juillet 1808, Sir., 8, 2, 214 et 11, 2, 401.

[40] Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Impuissance, n° 2; Toullier I, 526; Duranton II, 67 à 71; Vazeille I, 93; Marcadé *loc. cit.*; Demolombe III, 254. Il existe cependant entre ces auteurs quelques dissidences. D'après Toullier et Duranton, l'impuissance accidentelle, celle dont s'occupe l'art. 312, pourrait seule donner lieu à une demande en nullité de mariage. Suivant Merlin, Vazeille, Marcadé et M. Demolombe, il n'y aurait pas de distinction à faire, à cet égard, entre l'impuissance accidentelle et l'impuissance naturelle, pourvu que celle-ci fût manifeste et résultât d'un vice apparent de conformation. En rejetant une distinction qui n'est pas fondée sur la nature de choses, ces derniers auteurs sont conséquents sans doute, mais ils se privent de l'argument que les premiers tirent de l'art. 312. C'est à tort, du reste, que Marcadé présente comme conformes à son opinion, les deux arrêts de Trèves cités à la note 39 *supra*. Ces arrêts, qui décident, contrairement à notre manière de voir et à celle de Marcadé, que l'impuissance forme par elle-même un empêchement dirimaut le mariage, n'ont pas examiné la question an point de vue de l'art. 180.

[41] Voy. dans ce sens : Favard, *op. et loc. citt.*; Taulier, I, p. 251 à 253; Glasson, n° 533; ainsi que les arrêts de Gênes et de Riom cités à la note 39 *supra*.

nous avons vu [42] qu'une pareille erreur ne peut jamais fonder une demande en nullité de mariage [43].

7° De la différence de couleur.

Suivant différents actes législatifs [44], le mariage était autrefois défendu entre les blancs et les personnes de sang mêlé. Cette défense, dont l'effet s'étendait non-seulement aux colonies, mais à la métropole elle-même, ne constituait qu'un empêchement prohibitif [45].

Elle fut implicitement abrogée, pour le territoire continental de la France, par les lois des 28 septembre - 16 octobre 1791 et 30 ventôse an XII. Cependant, par une circulaire du 18 nivôse an XI [46], le ministre de la justice invita les préfets à faire connaître aux officiers de l'état civil, que l'intention du gouvernement était qu'il ne fût reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses. Mais une circulaire ministérielle n'est pas obligatoire pour les tribunaux [47]. Celle dont nous nous occupons, a d'ailleurs été révoquée. C'est du moins ce qui a été déclaré en 1819, au sein de la chambre des députés, à l'occasion d'une pétition qui avait pour objet de faire rapporter cette circulaire [48].

D'un autre côté, la prohibition dont s'agit, paraît avoir été levée, même pour les colonies, par l'ordonnance du 24 février 1831 et par la loi du 24 avril 1833 [49].

42 Cpr. § 462, texte, notes 6 et 9.

43 Mais, dit Merlin (*loc. cit.*), si les personnes dont l'union a été prononcée par l'officier de l'état civil, sont de même sexe, il faudra bien, ou annnuler ce mariage pour cause d'erreur, ou pousser le paradoxe jusqu'à soutenir qu'il est valable. Pour réfuter ce dilemme, il suffit de faire remarquer que l'union célébrée entre deux personnes du même sexe, ne constitue pas un mariage, et qu'il ne peut être question de faire prononcer la nullité d'un mariage qui n'a jamais existé. Cpr. § 451, texte n° 2, notes 3 et 5.

44 Voy. entre autres : Édit de mars 1724, connu sous le nom de *Code noir*; Arrêt du conseil, du 5 avril 1778.

45 Demolombe, III, 133. Req. rej., 27 juin 1838, Sir., 38, 1, 497. Req. rej., 10 décembre 1838, Sir., 39, 1, 492.

46 Elle est rapportée par Locré (*Lég.*, IV, p. 615), qui paraît la considérer comme obligatoire. Cpr. aussi en ce sens : Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 1050.

47 Cpr. § 5, texte *in fine*, et note 21 ; Zachariæ, § 469, texte et note 4.

48 *Moniteur* du 18 février 1819, p. 202. Dupin, *Lois civiles*, I, p. 303. Demolombe, *loc. cit.*

49 Demolombe, *loc. cit.*

2. *Des formalités qui doivent précéder et accompagner la célébration du mariage.*

§ 465.

a. *Des publications.*

Le mariage doit être précédé de publications officielles, destinées à faire connaître la résolution prise par les futurs époux de contracter mariage. Art. 63.

Les officiers de l'état civil sont chargés de faire les publications, qui doivent avoir lieu dans les communes où chacun des futurs époux a son domicile (général).

Si l'établissement de ce domicile n'a pas encore été suivi d'une résidence continue de plus de six mois dans la commune où il a été fixé, ou si les futurs époux résident depuis six mois dans une commune distincte de celle où ils ont leur domicile, les publications seront faites en outre, savoir, au premier cas, dans le lieu du dernier domicile, et au second, dans celui de la résidence actuelle. Art. 166 et 167[1].

Enfin, lorsque les futurs époux, ou l'un d'eux, sont encore dans un âge où il ne leur est pas permis de contracter mariage sans le consentement de leurs ascendants ou du conseil de famille[2],

[1] Les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière d'entendre ces articles. La difficulté provient de ce que le mot *domicile* y est employé pour désigner, tantôt le domicile général, tantôt le domicile spécial dont parle l'art. 74. L'interprétation donnée au texte nous paraît la plus conforme à l'esprit de la loi et à la discussion au Conseil d'Etat. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 342 et suiv., nos 5 et 6; Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9; Delvincourt, I, p. 132; Locré, II, p. 134; Toullier, I, 561; Duranton, II, 230; Vazeille, I, 154; Valette, sur Proudhon, I, p. 387; Demolombe, III, 189, 196 à 203; Zachariæ, § 452, texte et note 2. Cpr. § 466, texte et note 1.

[2] C'est ainsi qu'il faut entendre les expressions de l'art. 168 : *Si les parties, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui.* Les dispositions de cet article ne sont donc plus applicables, lorsque les futurs époux ont tous deux atteint l'âge compétent pour consentir par eux-mêmes au mariage, et ce, quand même ils auraient encore des ascendants vivants, dont ils seraient tenus de demander le conseil. Maleville, I, p. 182. Toullier, I, 562. Delvincourt, I, p. 133. Vazeille, I, 155. Demolombe, III, 190. Zachariæ, § 452,

les publications doivent également être faites, soit au domicile de ces ascendants[3], soit au lieu où l'époux mineur avait son domicile lorsque la tutelle s'est ouverte[4]. Art. 168.

L'officier de l'état civil n'est tenu de faire les publications, et n'est autorisé à y procéder, que sur la réquisition de l'un et de l'autre des futurs époux. Ces derniers doivent lui remettre, à cet effet, les notes nécessaires pour le mettre à même de remplir les formalités ci-après indiquées, sans cependant être obligés de produire, dès ce moment. les pièces constatant l'exactitude de ces notes[5].

Les publications, et l'acte qui en sera dressé par l'officier de l'état civil, énonceront les prénoms, noms, professions, et domiciles des futurs époux, leurs qualités de majeurs ou de mineurs, les prénoms, noms, professions, et domiciles de leurs pères et mères. L'acte destiné à constater les publications, indiquera en outre les lieux, jours et heures où elles auront été faites. Art. 63.

Les publications doivent être au nombre de deux, à moins que les futurs époux n'aient, pour des causes graves, par exemple, pour un pressant voyage[6], obtenu, du procureur de la République de l'arrondissement dans lequel ils se proposent de contracter mariage, dispense de la seconde publication. Art. 169[7].

Les publications doivent être faites deux dimanches consécutifs, à une heure convenable[8], devant la porte de la maison commune,

note 3. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 168, n° 2. — Proudhon (I, p. 377) enseigne que le mineur de vingt-un ans n'est pas obligé, lorsqu'il n'a plus d'ascendants, de faire publier son mariage au lieu où doit se tenir le conseil de famille. Mais cette opinion, contraire à la généralité des termes de l'art. 168, est repoussée par la plupart des auteurs. Delvincourt, Toullier et Demolombe, *locc. citt.* Duranton, II, 230. Valette, sur Proudhon, I, p. 377, note *a*. Zachariæ, § 452, note 3, *in fine*.

[3] Peu importe que ces ascendants soient domiciliés en France ou à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342.

[4] C'est en effet dans ce lieu que doivent être convoqués tous les conseils de famille dont la réunion peut être nécessaire pendant la durée de la tutelle. Cpr. § 92 *bis ;* Toullier et Duranton, *locc. citt.*

[5] Avis du Conseil d'Etat des 19-30 mars 1808, Delvincourt, I, p. 134. Zachariæ, § 452, texte et note 4 Voy. cep. Demolombe, III, 181.

[6] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 344 et suiv., n°s 11 et 12).

[7] Cpr. Arrêté du 20 prairial an XI.

[8] Ordinairement elles ont lieu à la suite du service divin. Maleville, sur l'art. 63. Zachariæ, § 452, texte et note 6.

et à défaut de maison commune, devant l'habitation de l'officier de l'état civil[9]. Un extrait de l'acte de publication doit être placardé à la porte de la maison commune, et y rester affiché pendant les huit jours d'intervalle de l'une des publications à l'autre. Art. 64.

L'acte de publication sera inscrit sur un registre spécial, tenu dans la forme ordinaire[10], mais en simple original. Ce registre doit, à la fin de chaque année, être joint aux doubles des registres de l'état civil, qui se déposent au greffe du tribunal de première instance. Art. 63.

La célébration du mariage ne peut avoir lieu avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication, ou, en cas de dispense, avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la première et unique publication[11]. Art. 64. Si le mariage n'a pas eu lieu dans l'année, à compter du jour auquel il eût été permis de le contracter[12], il ne pourra plus être célébré qu'après de nouvelles publications, auxquelles il doit être procédé comme s'il n'en avait point encore été fait. Art. 65.

Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, et qu'il n'ait pas été obtenu de dispenses, ou si les intervalles prescrits entre les publications n'ont point été observés, l'officier de l'état civil et les parties contractantes sont passibles, le premier, d'une amende qui ne pourra excéder trois cents francs, et les secondes, d'une amende proportionnée à leur fortune. Art. 192.

9 Locré, I, p. 417. Zachariæ, § 452, texte et note 7.

10 Cpr. art. 41 et suiv. ; § 57.

11 Ainsi, les publications devant toujours se faire un dimanche, le mariage ne peut être célébré, au plus tôt, que le mercredi suivant. Toullier, I, 566. Vazeille, I, 157. Duranton, II, 229. Demolombe, I, 186.

12 C'est ainsi que doivent être entendues les expressions de l'art. 65 : *à compter de l'expiration du délai des publications*, qui ne désignent pas le jour auquel a eu lieu la dernière publication, mais le troisième jour suivant. Du reste, conformément à la règle *Dies a quo non computatur in termino*, ce troisième jour ne doit pas être compris dans l'année dont parle l'art. 64. Delvincourt, sur l'art. 64. Toullier, I, 567, à la note. Duranton, II, 229. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 187.

§ 466.

b. *De la célébration.*

Le mariage peut être célébré, soit par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un ou l'autre des futurs époux a son domicile général, soit par celui de la commune dans laquelle l'un ou l'autre aurait acquis, par six mois d'habitation continue, le domicile spécial indiqué en l'art. 74 [1]. Tout autre officier de l'état civil est incompétent pour procéder à la célébration du mariage [2]. Art. 165.

L'officier de l'état civil doit, avant de célébrer le mariage, se faire remettre les pièces suivantes :

1° Les certificats des publications auxquelles il a dû être procédé dans d'autres communes que celles où le mariage se célèbre. Art. 76, n° 6.

2° Les main-levées des oppositions qui pourraient avoir été formées; et, s'il n'y en a point eu, les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des communes où il a été fait des publications, constatant qu'il n'existe point d'oppositions. Art. 67 à 69.

[1] Voy. en ce sens : Locré, II, p. 132; Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9, n° 2 ; Toullier, I, 571 ; Vazeille, I, 179; Valette, sur Proudhon, I, p. 383 à 388; Demolombe, III, 196 à 203. — Maleville (I, p. 181), Delvincourt (I, p. 132), Marcadé (sur l'art. 74, n° 1), et Duranton (II, 220 à 224), enseignent, au contraire, que le mariage ne peut être célébré que par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'une ou l'autre des parties a acquis le domicile spécial indiqué par l'art. 74. Cette opinion, qui paraît, au premier abord, conforme au texte de cet article, n'en doit pas moins être rejetée, parce qu'elle est contraire à son esprit. En disant *que le domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune*, le législateur a voulu donner aux futurs époux, la faculté de se marier dans le lieu de leur résidence, mais non leur enlever le droit de contracter mariage dans le lieu de leur domicile général. Cpr. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 342 et suiv., n°s 5 et 6). C'est au surplus en ce sens que l'art. 2, sect. II, de la loi du 25 septembre 1792, dont l'art. 74 du Code Napoléon reproduit la disposition, a été interprété par un décret du 22 germinal an II.

[2] Les militaires qui se trouvent sur le territoire français, sont à cet égard soumis aux dispositions du Droit commun. Avis du Conseil d'Etat des 2e - 4e jours complémentaires an XIII. Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9, n° 3.

3° Les actes de naissance de chacun des futurs époux. Celui des deux époux qui serait, pour quelque cause que ce soit[3], dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, peut y suppléer en rapportant un acte de notoriété reçu, conformément aux dispositions de l'art. 71, par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile, sur la déclaration de sept témoins, et homologué par le tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage[4]. Art. 70 à 72.

4° Un acte authentique[5], rédigé conformément à l'article 73[6],

[3] C'est-à-dire, non-seulement pour l'une des causes indiquées en l'art. 46, mais encore par suite d'une circonstance quelconque, par exemple, à raison d'une guerre, ou d'une révolution politique. Vazeille, I, 482. Zachariæ, § 453, texte et note 4.

[4] Si ce tribunal refuse l'homologation, son jugement ne peut être attaqué par voie d'appel. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, III, p. 86, n° 20).

[5] L'authenticité du consentement des père, mère, ou autres ascendants, est formellement exigée par l'art. 73. En règle, un consentement donné par un acte sous seing-privé ne suffirait pas. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 208. Marcadé, sur l'art. 73. Allemand, I, 222. Demolombe, III, 55. Demante, *Cours*, I, 236. Zachariæ, § 453, note 6. Mais le mariage célébré en vertu d'un pareil consentement, qui d'ailleurs ne serait entaché ni de violence, ni d'erreur, ni de dol, ne pourrait être attaqué de nullité, sous prétexte d'absence de consentement. Pau, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 519.

[6] Quoique cet article n'exige pas que l'acte portant de la part des ascendants consentement au mariage, contienne le nom de la personne avec laquelle leur descendant se propose de se marier, Delvincourt (I, p. 134), Duranton (II, 91), Vazeille (I, 116), Richelot (I, p. 243, n° 7), Marcadé (sur l'art. 73), et M. Demolombe (III, 53) enseignent, par argument de l'art. 1388, qu'un consentement donné d'une manière indéfinie, ne remplirait pas le vœu de la loi, parce qu'il constituerait une sorte de renonciation aux droits de la puissance paternelle. Ce raisonnement repose sur une pétition de principe, puisque la loi, en donnant aux ascendants le droit de consentir au mariage de leurs descendants, ne dit pas de quelle manière ils devront exercer ce droit. Les dangers que signalent les auteurs dont nous combattons l'opinion, ne paraissent pas bien sérieux, quand on considère que les ascendants seront toujours, au moyen des publications, instruits du nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté, qu'ils pourront, jusqu'au moment de la célébration, révoquer le consentement qu'ils ont accordé (cpr. § 462, texte et note 41), et au besoin, former opposition au mariage. Aussi, pensons-nous que l'officier de l'état civil ne pourrait refuser de procéder à la célébration, sous prétexte que l'acte portant consentement de la part des ascendants, et réunissant d'ailleurs les conditions exigées par l'art. 73, ne contiendrait pas le nom de la personne avec laquelle le mariage doit être

constatant que ceux des ascendants des futurs époux dont la loi requiert le consentement, consentent effectivement au mariage, à la célébration duquel ils ne comptent pas assister[7], sauf aux futurs époux qui auraient atteint l'âge compétent pour consentir par eux-mêmes au mariage, à remplacer cette pièce, au moyen de la production des actes respectueux exigés par les art. 151 et suiv., sauf aussi à suppléer au consentement des ascendants et aux actes respectueux destinés à le remplacer, en administrant, de la manière indiquée aux §§ 462 et 463, la preuve du décès de ces ascendants, ou de l'impossibilité dans laquelle il se trouvent de manifester leur volonté[8]. Art. 76, nos 4 et 5.

5° La délibération du conseil de famille portant consentement au mariage, ou l'acte authentique contenant pareil consentement du tuteur *ad hoc*, dans les cas prévus par les art. 160 et 159.

6° La permission de contracter mariage donnée par les supérieurs militaires, lorsque le futur époux appartient à l'armée de terre ou de mer.

7° Une expédition authentique des dispenses, s'il en a été accordé.

Du reste, lorsqu'il se rencontre dans les actes de naissance ou de décès qui doivent être remis à l'officier de l'état civil, des noms mal orthographiés, ou quelque omission de prénoms, il n'est pas nécessaire de se pourvoir, dans les formes prescrites par les art. 99 à 101, en rectification de ces actes ; il suffit que l'identité des

contracté. Nous pensons, à plus forte raison, que l'omission du nom de cette personne, dans l'acte de consentement, ne saurait à elle seule motiver une demande en nullité de mariage. Voy. en ce sens : Coin-Delisle, sur l'art. 73, n° 4 ; Chardon, *Puissance paternelle*, n° 204 ; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Consentement à mariage, n° 24. Mais si cet acte avait été surpris par des manœuvres frauduleuses, si, par exemple, un fils avait indiqué, comme sa future épouse, une autre femme que celle avec laquelle il se proposait de se marier, le père, dont le consentement aurait été obtenu à l'aide de dol, pourrait, selon les circonstances, demander pour ce motif la nullité du mariage. Cpr. § 462, texte et note 43.

[7] Ainsi, la production de l'acte indiqué en l'art. 73, n'est pas exigée, lorsque les ascendants, dont le consentement est requis, assistent à la célébration du mariage. Delvincourt, I, p. 134. Toullier, I, 570. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 2, n° 5.

[8] Cpr. art. 155 ; Avis du Conseil d'Etat, des 27 messidor - 4 thermidor an XIII ; § 462, texte, et notes 27 à 32 ; § 463, notes 15 et 16.

personnes dont les noms ont été mal orthographiés, ou dont quelques prénoms ont été omis, soit attestée à l'officier de l'état civil, de la manière indiquée par l'avis du Conseil d'Etat des 19 - 30 mars 1808.

La célébration du mariage doit se faire publiquement. Art. 165. On y procède de la manière suivante : Les futurs époux se présentent en personne[9], au jour par eux désigné, à la maison commune[10],

[9] *En personne.* C'est du moins, quoique la loi ne le dise pas expressément, ce qui résulte de l'art. 75 du Code civil, et de l'esprit qui a présidé à sa rédaction. La lecture prescrite par cet article serait absolument sans objet, si les futurs époux pouvaient se faire représenter par des mandataires. D'ailleurs, toute la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, à l'occasion des art. 146 et 180, prouve qu'il a été dans l'intention du législateur d'exiger la comparution personnelle des futurs époux devant l'officier de l'état civil. Dans la séance du 24 frimaire an X notamment, le premier Consul énonça, sans aucune contradiction, que le mariage ne pouvait plus avoir lieu qu'entre personnes présentes. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 446. Enfin, si la présence des parties est exigée pour la prononciation du divorce par consentement mutuel, elle doit l'être également, et même à plus forte raison, pour la célébration du mariage. Cpr. art. 294. Nous pensons donc que l'officier de l'état civil devrait refuser son ministère aux personnes qui voudraient se marier par mandataire. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 137; Locré, II, p. 156 ; Duranton, I, 87 ; Vazeille, I, 184 ; Favard, *Rép.*, v° Actes de l'état civil, sur l'art. 36, n°s 5 et suiv. ; Rieff, *Des actes de l'état civil,* n° 32 ; Marcadé, sur l'art. 36 ; Richelot, I, 175 ; Demolombe, III, 210 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 285 ; Demante, *Cours,* I, 240 *bis,* I ; Glasson, n° 108 ; Zachariæ, § 453, texte et note 9. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1er, quest. 4 ; Coin-Delisle, sur l'art. 36, n°s 5 à 7 ; Allemand, I, 365 et suiv. — Cpr. sur la question de savoir si le mariage qui de fait aurait été contracté par mandataire, est ou non frappé de nullité : § 467, note 23.

[10] Telle est la disposition de l'art. 75. Il existait dans le projet du Code, au titre *Des actes de l'état civil*, un article d'après lequel le sous-préfet pouvait autoriser l'officier de l'état civil à se transporter, en cas d'empêchement, au domicile des parties, pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. Cpr. Locré, *Lég.*, III, p. 50, art. 36. Mais cet article fut provisoirement retranché, dans la séance du 14 fructidor an IX, et la discussion à laquelle il avait donné lieu, fut renvoyée au titre *Du mariage*. Locré, *Lég.*, III, p. 87 et suiv., n° 23. Dans la suite, la discussion, soit par oubli, soit pour toute autre cause, ne fut plus reprise sur ce point ; et Portalis, exposant au Corps législatif les motifs du titre *Du mariage,* délara, en commentant les dispositions de l'art. 165, que la célébration du mariage devait être faite dans la maison commune. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 498, n° 28. Il est bien évident, d'après cela, que les parties ne

devant l'officier de l'état civil. Cet officier, en présence de quatre témoins, parents ou non parents des parties, réunissant les qualités exigées par l'art. 37, fait lecture aux futurs époux des pièces ci-dessus mentionnées, et du chap. IV du titre *Du mariage, sur les droits et devoirs respectifs des époux*. Il reçoit ensuite de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage. Art. 75. Enfin, l'officier de l'état civil dresse sur-le-champ, de tout ce qui précède, un acte qu'il inscrit, en la forme ordinaire, sur les registres de l'état civil, et dans lequel il insère toutes les énonciations prescrites par l'art. 76. Art. 75 et 194.

La loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage, impose à l'officier de l'état civil une nouvelle obligation, destinée à faire connaître au public le régime matrimonial des époux, obligation dont l'accomplissement doit être mentionné dans l'acte de célébration. Les dispositions de cette loi seront expliquées au § 503.

§ 467.

c. *Des conséquences qu'entraîne l'inobservation des formalités indiquées aux deux paragraphes précédents.*

Au nombre des formalités indiquées aux deux paragraphes précédents, il en est dont l'accomplissement est indispensable à l'existence même du mariage. Elles ont déjà été développées au § 452.

Actuellement, il s'agit d'examiner : quelles sont parmi ces formalités, celles dont l'omission entraîne la nullité du mariage;

pourraient pas forcer l'officier de l'état civil à se transporter hors de la maison commune pour y célébrer le mariage. Cependant, comme l'art. 165 n'exige pas expressément que le mariage soit célébré à la maison commune, et que, d'un autre côté, Portalis a lui-même admis, dans l'*Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 507, n° 40), la validité des mariages *in extremis*, nous croyons que l'officier de l'état civil, loin de contrevenir à ses devoirs, entrerait dans le véritable esprit de ses fonctions, si, pour des motifs graves, par exemple en cas de maladie de l'une des parties, il consentait à célébrer le mariage dans une maison particulière. Demolombe, III, 206. — Cpr. sur la validité des mariages célébrés hors la maison commune : § 467, texte et note 8.

quelles sont les personnes admises à proposer cette nullité; et quelles sont les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à leur action.

1° Aux termes de l'art. 191, le mariage peut être argué de nullité, soit pour n'avoir pas été contracté publiquement, soit pour n'avoir pas été célébré devant l'officier public compétent[1].

a. La loi prescrit plusieurs formalités, qui toutes ont pour but d'assurer la publicité du mariage. Ces formalités sont: les publications[2], la célébration dans la maison commune[3], l'admission du public à cette célébration[4], et la présence de quatre témoins[5]. Mais l'inobservation de telle ou telle de ces formalités ne suffit pas pour entacher le mariage du vice de clandestinité, si d'ailleurs l'accomplissement des autres en a amené la publicté.

Ainsi, d'un côté, la clandestinité du mariage ne peut jamais résulter de la simple omission des publications, omission à raison de laquelle la loi se borne à prononcer une amende, tant contre l'offi-

1 Lors de la discussion qui eut lieu sur l'art. 191, au Conseil d'Etat, on substitua, dans la rédaction définitive de cet article, la particule conjonctive *et* à la disjonctive *ou*, qui se trouvait dans le projet. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 418, n° 17). Mais il est évident qu'en opérant cette substitution, on n'a pas entendu subordonner l'action en nullité au concours simultané des deux vices de clandestinité et d'incompétence de l'officier de l'état civil: autrement un mariage célébré devant l'officicier public compétent, ne pourrait jamais être attaqué pour défaut de publicité, ce qui est inadmissible. Nous reconnaissons bien que la compétence de l'officier de l'état civil forme un élément important de publicité, et que son incompétence peut aggraver le vice de clandestinité. Mais il ne faut pas conclure de là, comme le fait Marcadé (sur l'art. 191, n° 1), que l'incompétence ne constitue une cause de nullité qu'en raison de la clandestinité qu'elle imprimerait au mariage, et qu'ainsi l'art. 191 n'établit qu'une seule et même cause de nullité. Au surplus, au point de vue pratique, la question ne présente guère d'intérêt, puisque les auteurs qui admettent avec nous l'existence de deux actions en nullité distinctes, n'en sont pas moins d'accord pour appliquer à l'une et à l'autre les dispositions de l'art. 193. Cpr. texte, notes 12 et 18 *infra*.

2 Cpr. *Discussion au Conseil d'État* et *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 419, n° 18, p. 506 et 507, n° 39, p. 515, n° 51); note 6 *infra*.

3 Cpr. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, III, p. 87 et 88, n° 23); *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 498, n° 28); note 8 *infra*.

4 Cpr. *Exposé de motifs* (Locré, *op. et loc. citt.*); note 9 *infra*.

5 Toullier, I, 642. Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225. Cpr. note 10 *infra*.

cier de l'état civil, que contre les parties contractantes ou les personnes sous l'autorité desquelles elles ont agi[6].

Ainsi, d'un autre côté, la nullité du mariage ne résulte, du moins en thèse générale[7], ni du fait isolé de la célébration hors de la

[6] L'absence de publication ne suffit jamais, à elle seule, pour entacher de clandestinité un mariage qui, d'ailleurs, aurait été célébré publiquement. Les tribunaux ne pourraient, sans contrevenir à la loi, et sans encourir la censure de la Cour de cassation, l'annuler pour cet unique motif. En effet, les publications ne font pas partie intégrante de la célébration. On ne peut donc appliquer à l'inobservation de cette formalité, les dispositions des art. 165 et 191. D'un autre côté, la combinaison des art. 192 et 193 prouve jusqu'à l'évidence, qu'en ouvrant, dans l'art. 191, une action en nullité contre le mariage qui n'aurait point été célébré publiquement, ainsi que l'exige l'art. 165, le législateur ne s'est occupé que de la sanction des formalités qui accompagnent la célébration du mariage, et non de celle des publications qui la précèdent. Enfin, la rédaction primitive de l'art. 192, la discussion dont elle a été l'objet au Conseil d'État, et les explications données par le Tribunat, d'après les observations duquel cette rédaction a été changée, ne peuvent laisser aucun doute sur la justesse de l'opinion que nous avons émise. Cpr. Locré, *Lég.*, IV., p. 409, art. 13 et 14 ; p. 419, nos 18 et 19 ; p. 457, nos 20 et 21 ; p. 465, art. 43 et 44. Voy. en ce sens : Locré, III, p. 287 ; Maleville, I, p. 207 ; Delvincourt, I, part. I, p. 69 ; Merlin, *Rép.*, vo Bans de mariage, no 2 ; Toullier, I, 569 ; Duranton, II, 334 ; Vazeille, I, 253 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 409, note *a* ; Demolombe, III, 295 ; Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18, 2, 103 ; Riom, 10 juillet 1829, Sir., 29, 2, 320. L'opinion contraire est cependant défendue par Proudhon (I, p. 408), qui se fonde sur un passage de l'*Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 506 et 507, no 39), où Portalis, après avoir dit qu'on range, entre autres, parmi les mariages clandestins, ceux qui n'ont point été précédés des publications requises, ajoute : « la nullité des mariages clandestins est évidente. » Mais, en énonçant cette dernière proposition d'une manière générale, l'intention de l'orateur du gouvernement n'était pas de l'appliquer spécialement aux mariages qui n'auraient point été précédés des publications requises. Ce qui le prouve, c'est que, dans un passage postérieur du même *Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 515, no 51), Portalis dit : « L'omission de ces publications, et l'inobservation des délais dans lesquels elles doivent être faites, *peuvent* opérer la nullité du mariage *en certains cas*. » Elles ne l'opèrent donc pas dans tous les cas ; elles ne l'opèrent pas notamment, lorsque les autres formalités prescrites pour assurer la publicité du mariage, ont été accomplies.

[7] C'est-à-dire, sauf l'appréciation laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Sous ce rapport il importe essentiellement de distinguer l'omission des publications, et l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités intégrantes de la célébration. Cpr. note 6 *supra*, et notes 12 et 13 *infra*.

maison commune[8], ni de la circonstance unique que le public n'aurait pas été admis à cette célébration[9], ni de la seule absence du nombre de témoins exigés par la loi[10]. Elle ne se trouve pas même attachée, d'une manière nécessaire et absolue, à l'inobservation de plusieurs de ces formalités[11]. La clandestinité étant un vice dont les caractères plus ou moins prononcés dépendent de circonstances qui peuvent varier à l'infini, le législateur n'a pas cru devoir la définir ; il a sagement abandonné au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, le soin d'apprécier si le mariage, dont on demande l'annulation à raison de l'inobservation de l'une ou de plusieurs des formalités qui doivent accompagner la célébration, a reçu ou n'a pas reçu une publicité suffisante pour remplir le vœu de la loi[12]

[8] Locré, I, p. 97. Proudhon, I, p. 409 et 410. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 1 ; et sect. V, § 2, n° 6. Toullier, I, 642. Duranton, II, 335 à 337. Vazeille, I, 250. Glasson, n°s 106 et 107. Zachariæ, § 453, texte et note 10. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 320. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Grenoble, 23 février 1815, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 21. Bourges, 23 mai 1822, Sir., 22, 2, 315. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., 24, 2, 223. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 24, 1, 360. Riom, 10 juillet 1829, Sir., 29, 2, 320. Cpr. § 466, note 9. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, I, p. 97 ; Delvincourt, I, p. 136. — *Quid*, si l'acte de mariage n'énonce pas le lieu où il a été célébré ? Cpr. Merlin, *op. et v° citt.*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 2; Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225; Lyon, 25 août 1831, Sir., 32, 2, 357 ; Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 297.

[9] Cpr. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., 24, 2, 223.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 3 ; et sect. V, § 2, n° 6. Toullier, I, 643. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18. 2, 103. Voy. cep. Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225. Cpr. Lyon, 25 août 1834, Sir., 32, 2, 357.

[11] Cpr. les autoritée citées aux notes 8 à 10 *supra*.

[12] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6 ; et sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191. Duranton, 2, 336. Vazeille, I, 250. Demolombe, III, 294. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 320. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Lyon, 25 août 1331, Sir., 32, 2, 357. Paris, 13 août 1851, Sir., 51, 2, 465. Lyon, 10 avril 1856, Sir., 56, 2, 706. Agen, 28 février 1857, Sir., 57. 2, 215. — Toullier (I, 642) reconnaît aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire encore plus étendu que celui que nous leur attribuons. Il prétend que le juge peut, dans le cas qui nous occupe, annuler ou maintenir le mariage attaqué, selon que l'intérêt public et celui des familles paraissent l'exiger, abstraction faite de toute autre considération. M. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage) semble partager cette manière de voir, à l'appui de laquelle il invoque un passage du *Discours* de Boutteville, orateur du Tribunat. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 561, n° 22. Cette citation porte

Art. 193. Leur décision sur ce point échappe donc à la censure de la Cour de cassation [13].

Du reste, il faut bien se garder de confondre les mariages clandestins et les mariages appelés secrets, c'est-à-dire les mariages qui, quoique célébrés avec toutes les formalités requises par la loi, ont été cachés de manière à en concentrer la connaissance parmi le petit nombre de témoins nécessaires à leur célébration. Ces mariages, que l'ancienne législation privait des effets civils [14], sont aujourd'hui civilement efficaces [15]. Toutefois, un mariage que les époux ont tenu secret, ne peut être opposé aux tiers qui auraient traité avec eux dans l'ignorance de ce mariage [16].

b. L'officier de l'état civil est incompétent, lorsqu'il procède à la célébration du mariage de deux individus, dont aucun n'a, dans la commune où il exerce ses fonctions, ni son domicile général, ni le domicile spécial indiqué en l'art. 74 [17]. Toutefois, cette incompétence n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage. La loi

évidemment à faux, puisque, dans le passage dont il s'agit, Boutteville ne parle pas du pouvoir discrétionnaire que l'art. 193 laisse au juge, en ce qui concerne l'appréciation de la demande en nullité portée devant lui, mais de la faculté que l'art. 191 donne au ministère public, d'attaquer ou de ne pas attaquer, selon qu'il le juge convenable *dans l'intérêt des mœurs et des familles*, le mariage qui n'a pas été contracté publiquement, et celui qui ne l'a pas été devant l'officier de l'état civil compétent.

13 D'après M. Dalloz (*op. et v° citt.*, p. 97 et 98, n° 7), le juge appelé à prononcer sur la demande en nullité d'un mariage auquel on ne reprocherait d'autre vice que celui d'avoir été célébré hors de la maison commune, ne pourrait pas, sans encourir la censure de la Cour de cassation, prononcer l'annulation de ce mariage. Nous ne saurions admettre cette manière de voir, qui n'est fondée que sur une confusion évidente entre un mal jugé et une violation de loi. Quel serait le texte violé par l'arrêt qui, après avoir jugé en fait qu'un mariage célébré hors de la maison commune, ne l'a pas été publiquement, appliquerait ensuite à ce mariage les dispositions des art. 165 et 191 ?

14 Déclaration du 26 novembre 1639, art. 5. Cpr. § 449, note 2.

15 Les explications données par l'orateur du gouvernement et par celui du Tribunat ne peuvent laisser aucun doute à cet égard. Locré, *Lég.*, IV, p. 503 et suiv., n° 38 ; p. 556, n° 12. Toullier, I, 549. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IX, n° 2. Demolombe, III, 297. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Clandestinité, sect. II, § 2 ; Civ. cass., 15 pluviôse an XIII, Sir., 5, 1, 81.

16 Vazeille, II, 313. Req. rej., 30 août 1808, Sir., 9, 1, 43. Agen, 8 novembre 1832, Sir., 32, 2, 563.

17 Cpr. § 466, texte et note 1.

remet encore à l'arbitrage du juge, l'appréciation de la question de savoir si la violation des règles de compétence, commise dans la célébration du mariage, est ou non assez grave pour en faire prononcer l'annulation [18]. Art. 193 cbn. 165 et 191.

L'officier de l'état civil n'est point incompétent, dans le sens de l'art. 191, par cela seul qu'il célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il avait, sous le rapport des personnes, le droit de procéder [19]. Cette circonstance peut seulement aggraver, suivant les cas, l'infraction résultant de la célébration hors de la maison commune, et entacher ainsi le mariage du vice de clandestinité [20].

Les règles relatives à la publicité de la célébration et à la compétence de l'officier de l'état civil, sont les seules dont la violation

18 Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191. Toullier, I, 644. Vazeille, I, 251. Valette, sur Proudhon, I, p. 410, obs. I. Marcadé, sur l'art. 191, n° 2. Demolombe, III, 298. Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18, 2, 103. Paris, 15 janvier 1852, Sir., 52, 2, 14. Colmar, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 488. Cpr. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., 3, 1, 321. Voy. cep. Duranton, II, 338 et suiv.

19 *Quid* du cas où l'officier de l'état civil célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il n'avait pas, sous le rapport des personnes, le droit de procéder ? Cpr. sur cette question : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191.

20 L'art. 191 se réfère à l'art. 165, qui ne règle que la compétence personnelle. Il n'existe donc aucune disposition qui prononce, pour incompétence territoriale, la nullité du mariage que l'officier de l'état civil aurait célébré hors du territoire de sa commune. On ne saurait d'ailleurs invoquer ici la maxime *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (L. 20, *D. de jurisd.*, 2, 1), qui ne s'applique qu'à la juridiction contentieuse. Cpr. L. 2, *D. de offic. proc.* (1, 16); L. 36, § 1, *D. de adop.* (1, 7); L. 17, *D. de manum. vind.* (40, 2). On ne peut davantage se prévaloir, ni des art. 6 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ni de l'art. 1317 du Code Napoléon, qui sont entièrement étrangers à notre matière. Locré, III, p. 401. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect, IV, § 1, art. 1, quest. 3. Vazeille, I, 231. Zachariæ, § 454, texte et note 3. Voy. cep. Bourges, 23 mai 1822, et Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 22, 2, 315, et 24, 1, 360. Ces arrêts semblent admettre que l'art. 191 s'applique aussi bien à l'incompétence territoriale, qu'à l'incompétence personnelle, sauf au juge à faire usage, dans l'un comme dans l'autre cas, du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 193. Cette manière de voir est également partagée par Duranton (II, 340 à 343), Richelot (I, p. 249, note 13) et M. Demolombe (I, 307).

soit de nature à entraîner la nullité du mariage [21]. Ainsi, on ne pourrait en demander l'annulation, ni pour cause d'omission de la lecture des pièces indiquées en l'art. 75 et du chapitre VI du titre *Du mariage* [22], ni à raison de la circonstance que les parties se seraient fait représenter par des mandataires, lors de la célébration du mariage [23], ni pour le motif que le consentement des père, mère, ou autres ascendants, n'aurait pas été donné par acte authentique [24], ni enfin par la raison que l'un des époux aurait, après son concours à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par l'art. 75, refusé de signer l'acte de célébration [25].

2° La nullité résultant soit de la clandestinité du mariage, soit de l'incompétence de l'officier de l'état civil qui l'a célébré, peut être proposée par les époux eux-mêmes, par leurs ascendants, à

[21] Il a été formellement reconnu au Conseil d'État (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 326 et 327, n° 17), que les diverses formalités de la célébration n'étaient pas toutes assez importantes pour que l'inobservation de chacune d'elles dût entraîner la nullité du mariage, qu'ainsi le législateur devait spécifier celles à l'omission desquelles il entendait attacher la peine de nullité. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 191, qui détermine les seuls cas auxquels le mariage peut être attaqué pour vices de forme; Cpr. § 458. note 2. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6. Douai, Sir., 51, 1, 202.

[22] Merlin, *op. v° et loc. citt.* Toullier, I, 574. Demolombe, III, 296.

[23] Merlin (*Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 4) admet également la validité du mariage contracté par l'intermédiaire d'un mandataire; et il la fonde sur ce qu'il est encore permis aujourd'hui, comme il l'était autrefois, de se marier par procureur. Nous pensons, au contraire, que le mariage par mandataire est également contraire à l'esprit et à la lettre de nos lois nouvelles. Cpr. § 466, note 9. Mais, comme il n'existe pas de disposition textuelle qui le prohibe à peine de nullité, il n'appartient pas au juge d'en prononcer l'annulation. Demolombe, III, 210. Glasson, n° 109. Voy. en sens contraire: Bastia, 2 avril 1849, Sir., 49, 2, 238. — Il est à remarquer que, si le mandat avait été révoqué avant la célébration, le mariage devrait être considéré comme non avenu par défaut de consentement, quoique la révocation fût restée ignorée du mandataire et de la personne avec laquelle il a contracté. La volonté de se marier doit exister de fait au moment de la célébration : on ne saurait appliquer à la matière du mariage les dispositions exceptionnelles des art. 2005 et 2008. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 367. Merlin, *op., v° et loc. citt.*

[24] Voy. § 466, texte et note 5.

[25] Duranton, II, 241, note 2. Coin-Delisle, sur l'art. 76, n° 1 à 3. Demolombe, III, 213. Glasson, n° 112 et 113. Montpellier, 4 février 1840, Sir., 40, 2, 160.

quelque degré qu'ils se trouvent, par toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire actuellement ouvert à faire annuler le mariage, et par le ministère public[26]. Art. 191.

3° Aux termes de l'art. 191[27], les époux sont respectivement non recevables à provoquer l'annulation du mariage, à raison de vices de forme dont la célébration de leur union serait entachée, lorsque, d'une part, l'acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil, est représenté[28], et que, d'autre part, ils se trouvent

[26] Cpr. § 461, texte n° 2. Zachariæ, § 454, texte et note 9.

[27] Nous avons déjà vu (§ 452 *bis*, notes 10 à 13) que cet article établit une fin de non-recevoir contre la demande ou l'exception de nullité, au moyen de laquelle les époux voudraient respectivement combattre la force probante de l'acte de célébration, à raison des irrégularités dont il se trouverait entaché comme acte instrumentaire. A s'en tenir rigoureusement à la lettre de cet article, il n'aurait même d'autre portée que celle qui vient d'être indiquée. Mais il faut reconnaître qu'il existe une intime connexité entre la célébration du mariage et l'acte instrumentaire ayant pour objet de la constater. Cet acte formant, en principe, la seule preuve légale de la célébration, le sort du mariage est, d'une manière plus ou moins absolue, attaché à son existence et à sa validité. On comprend dès lors, qu'au point de vue des nullités, les rédacteurs du Code aient pu, dans certaines dispositions, confondre la célébration elle-même et l'acte instrumentaire destiné à en fournir la preuve, et que, tout en ne mentionnant expressément que cet acte, leur pensée se soit également étendue à la célébration. Or, c'est précisément ce qui nous paraît avoir eu lieu lors de la rédaction de l'art. 196. Il importe, en effet, de remarquer que c'est au chapitre *Des demandes en nullité de mariage*, que cet article se trouve placé ; et il serait difficile de supposer que le législateur, qui ne s'est occupé, dans aucune autre disposition, de la demande en nullité dirigé contre l'acte de célébration, ait entendu, en établissant la fin de non-recevoir dont parle l'art. 196, la restreindre à une pareille demande. Notre interprétation, qui a été consacrée par la jurisprudence, même en ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger (cpr. § 468, texte et note 23), est également admise par la majorité des auteurs. Voy. Maleville, sur l'art. 196 ; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 496 ; Toullier, I, 598 et 646 ; Proudhon et Valette, I, p. 442 et 443 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 312 à 341 ; Demolombe, III, 328. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 139 ; Duranton, II, 250 et 252 ; Marcadé, sur l'art. 196, n° 1 ; Taulier, I, p. 323 et 324.

[28] La production d'un acte de célébration simplement inscrit sur une feuille volante ne suffirait pas pour faire admettre la fin de non-recevoir établie par l'art. 196. C'est ce qui ressort évidemment du rapprochement des art. 194, 195 et 196. Voy. les autorités citées à la note 11 du § 452 *bis*. Cpr. aussi : § 64, texte et note 15.

en possession de l'état d'époux légitimes, c'est-à-dire, lorsqu'ils ont cohabité publiquement, et qu'ils ont été constamment reconnus, soit dans leurs familles, soit dans la société, comme des personnes unies en légitime mariage [29].

Cette fin de non-recevoir s'applique au cas où la mariage a été célébré par un officier de l'état civil incompétent, comme à celui où il n'a pas été contracté publiquement [30]. Mais elle ne peut être opposée qu'à la demande en nullité formée par l'un des époux contre l'autre, et non à celle qui serait intentée par un tiers [31].

Du reste, la fin de non-recevoir établie par l'art. 196 est complétement étrangère à la demande en nullité qui serait dirigée contre le mariage à raison de l'existence d'un empêchement dirimant [32].

29 Arg. art. 197 et 321. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 5; v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 196. Bourges, 23 mai 1822, Sir., 22, 2, 315.

30 On s'est prévalu, en sens contraire, de la rédaction de l'art. 196; en se servant des termes *l'officier de l'état civil*, et non des mots *un officier de l'état civil*, cet article, a-t-on dit, suppose que l'officier qui a célébré le mariage, était compétent pour y procéder. Mais cette induction est tout au moins hasardée, et l'on peut répondre que, si telle avait été la pensée du législateur, il n'aurait pas manqué de l'exprimer d'une manière formelle, en disant *devant l'officier de l'état civil compétent*, au lieu de dire simplement *devant l'officier de l'état civil*. A notre avis, ces dernières expressions, qui figurent également dans l'art. 195, n'ont, dans l'art. 196, d'autre but que d'écarter comme insuffisant, un acte de célébration passé devant une personne non revêtue du caractère d'officier de l'état civil. Dès que l'on étend la fin de non-recevoir établie par l'art. 196 aux demandes en nullité dirigées contre la célébration elle-même, nous ne voyons plus en effet de motifs concluants pour distinguer entre le cas d'incompétence et celui de clandestinité. Maleville, I, p. 208. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 196. Valette, sur Proudhon, I, p. 443, note *a*. Demolombe, III, 328. Voy. en sens contraire: Zachariæ, § 456, texte et note 7; Proudhon, I, p. 443; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 343.

31 Toullier, I, 646. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 196. Marcadé, sur l'art. 196, n° 2. Demolombe, III, 327. Allemand, I, 527. Demante, *Cours*, I, 278 *bis*. Lyon, 4 avril 1867, Sir., 67, 2, 290. — Toutefois, si la possession d'état ne fait pas absolument disparaître le vice dont la mariage se trouve entaché, elle en diminue du moins la gravité; et le juge peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui attribue l'art. 193, la prendre en considération pour rejeter, comme mal fondée, la demande en nullité formée par une tierce personne.

32 Zachariæ, § 456, note 7.

Sauf l'effet de cette fin de non-recevoir, la nullité du mariage entaché de clandestinité, ou célébré devant un officier de l'état civil incompétent, ne se couvre, même entre les époux, ni par la confirmation, ni par la prescription trentenaire[33].

Mais la demande en nullité formée à raison de l'un ou de l'autre de ces vices, par une personne qui n'agit qu'en vertu d'un intérêt purement pécuniaire, peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée, soit de la renonciation aux droits que cette action avait pour objet de faire valoir, soit de la prescription de ces droits[34].

APPENDICE AUX PARAGRAPHES QUI TRAITENT DE L'EXISTENCE, DE LA PREUVE, ET DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

§ 468.

Des mariages contractés par des Français en pays étranger.

1° Des mariages contractés par des militaires qui se trouvent sous les drapeaux, en pays étranger[1].

En règle générale, ces mariages doivent être célébrés par les autorités militaires françaises auxquelles l'art. 89[2] confie les fonctions d'officiers de l'état civil, et ce, dans les formes qui vont être indiquées[3]. Art. 88. Toutefois, lorsque l'un des futurs époux est sujet du pays étranger où il se propose de se marier avec un militaire français, le mariage peut aussi être célébré par les autorités de ce pays, et dans les formes qui y sont usitées[4], confor-

33 *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 515, note 52). Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 196. Cpr. § 458, texte et note 11.

34 Cpr. § 458, texte, notes 12 et 13.

1 Cpr. § 466, note 2. — Sous l'expression *militaires*, nous comprenons non-seulement les militaires proprement dits, mais encore les personnes employées à la suite des armées, qui leur sont assimilées. Cpr. § 66, texte et note 8 ; § 25, texte et note 3.

2 Les inspecteurs aux revues, dont parle cet article, sont aujourd'hui remplacés par les intendants militaires. Ordonnance du 29 juillet 1817, art. 9.

3 Cpr. § 66, texte, et notes 8 à 10.

4 Cette exception, introduite par la jurisprudence (cpr. les arrêts cités à la note 12 du § 66), n'est peut-être pas entièrement conforme à la rigueur des principes. Cpr § 66, texte et note 11.

mément aux dispositions de l'art. 170, qui seront expliquées sous le n° 2 ci-après.

Les publications prescrites par l'art. 63 du Code Napoléon, doivent être faites, de la manière indiquée au § 465, tant aux domiciles respectifs des futurs époux, qu'aux domiciles des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés quant au mariage, lorsqu'ils n'ont point encore atteint l'âge compétent pour y consentir par eux-mêmes. Art. 94. Arg. art. 88 cbn. 168. Si l'un des époux est étranger, les publications à faire dans le pays auquel il appartient, peuvent être faites et constatées suivant les formes usitées dans ce pays[5]. Les publications doivent en outre être mises, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupe et pour les employés qui en font partie. Art. 94.

La compétence de l'autorité militaire appelée à remplir les fonctions d'officier de l'état civil, se détermine uniquement d'après la position que le militaire occupe, sous les drapeaux, au moment de son mariage ; elle est indépendante de tout stage de résidence de sa part[6]. Art. 89.

La célébration du mariage doit avoir lieu dans un endroit public, et avec les formalités indiquées au § 466.

L'autorité militaire qui y a procédé, est tenue d'envoyer, immédiatement après l'inscription de l'acte de célébration sur les registres, une expédition de cet acte à l'officier de l'état civil du domicile du mari, ainsi qu'à l'officier de l'état civil du domicile de la femme, si cette dernière était déjà Française avant son mariage[7]. Art. 95.

L'inobservation des formalités spéciales prescrites par les art. 94 et 95 n'entraîne pas la nullité du mariage[8].

Sous tous les autres rapports, l'existence et la validité des ma-

[5] *Locus regit actum*. Cpr. § 31, texte V. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342.

[6] L'art. 74 ne s'applique qu'aux militaires qui se trouvent sur le territoire français (cpr. § 466, note 2), et non à ceux qui sont sous les drapeaux en pays étranger. Vazeille, I, 192. Demolombe, III, 219.

[7] Zachariæ, § 455, texte et note 3.

[8] Zachariæ, § 455, texte et note 4. Colmar, 25 janvier 1823, Sir., 24, 2, 156.

riages constractés, en pays étranger, par des militaires français, doivent être appréciées d'après les principes qui régissent les mariages célébrés en France, soit entre Français, soit entre Français et étrangers.

2° Des mariages contractés, en pays étranger, par des Français non militaires, ou par des militaires français qui ne se trouvent pas sous les drapeaux [9].

Lorsque les futurs époux sont tous deux Français, leur mariage en pays étranger peut être indifféremment célébré, soit par les agents diplomatiques et consuls français [10], d'après les formes prescrites par les lois françaises, soit par les autorités du pays où il est contracté [11], d'après les formes usitées dans ce pays. Si, au contraire, l'un des futurs époux est étranger, les autorités du pays où le mariage doit être célébré, ont, à l'exclusion des consuls et agents diplomatiques français, seuls qualité pour procéder à la célébration du mariage [12].

Du reste, la compétence, soit des consuls et agents diplomatiques français, soit des autorités étrangères, est indépendante de tout stage de résidence de la part des Français qui veulent se marier, en pays étranger, avec des étrangers, ou même entre eux [13].

L'existence et la validité des mariages contractés, en pays étran-

[9] Tels sont, par exemple, les militaires en congé, ou les prisonniers de guerre. Cpr. § 58, texte et note 2.

[10] *Non obstat* art. 170. Cet article, en effet, n'a nullement pour objet de déroger à l'art. 48. Voy. Ordonnance du 23 octobre 1833, art. 15. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2. Duranton, II, 234. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 87. Marcadé, sur l'art. 170, n° 1. Demolombe, 1, 312. Cpr. Aix, 20 mars 1862, Sir., 62, 2, 387. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 2.

[11] Arg. art. 48 cbn. 170. Cpr. § 66, texte et note 3. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2, n° 9, *in fine*. Duranton, II, 234

[12] Arg. *a contrario* art. 48 cbn. 170. Merlin, *Rép.*, v° État civil (actes de l'), § 2, sur les art. 47 et 48, n°s 2 et 3. Duranton, II, 235. Rieff, *op. cit.*, n° 88. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 61, texte et note 11. Civ. cass., 10 août 1819, Sir., 19, 1, 452. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 452.

[13] La seconde partie de l'art. 170 qui, pour ce dernier cas, exigeait six mois de résidence en pays étranger de la part de l'une des parties contractantes, a été retranchée, sur la proposition du premier consul. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 341, art. 8, p. 352, n° 22. Marcadé, sur l'art. 170, n° 3. Demolombe, III, 219.

ger, devant les autorités du lieu, soit entre Français et étrangers, soit entre Français, doivent, en ce qui concerne les formalités de la célébration, être exclusivement appréciées d'après les lois en vigueur dans le pays où le mariage a été célébré. Art. 170.

Ces mêmes lois régissent également tout ce qui est relatif à la preuve de l'union. Il suffit donc que les actes invoqués pour établir la célébration de mariages contractés en pays étranger, soient conformes aux lois du pays où ils ont été célébrés [14]. D'un autre côté, quand l'union a été contractée dans un pays où il n'est pas d'usage de constater par écrit la célébration des mariages, la preuve peut s'en faire par témoins [15]. Il en est également ainsi, lorsque le mariage a été célébré dans un pays dont la législation, tout en prescrivant la tenue de registres destinés à constater les mariages, admet cependant la preuve testimoniale, pour en établir l'existence. Mais il faut, dans l'un et l'autre de ces cas, que la preuve porte directement sur le fait de la célébration [16]. Enfin, il n'est pas même nécessaire de prouver le fait de la célébration, lorsque le mariage a eu lieu dans un pays où, pour établir l'existence d'une union légitime, il suffit de justifier de la cohabitation et de la réputation [17].

En permettant aux Français qui se trouvent en pays étranger, d'y contracter mariage suivant les formes qui y sont usitées, le Code soumet l'usage de cette faculté à l'obligation de faire procéder en France, dans les municipalités indiquées par les art. 166 et 168, aux publications prescrites par l'art. 63 [18], et à la condition

[14] Zachariæ, § 455, texte et note 5. Rouen, 11 juillet 1827, Sir., 28, 2, 206. Bastia, 7 mai 1859, Sir., 60, 2, 333. Cpr. Req. rej., 9 novembre 1846, Sir., 47, 1, 55.

[15] Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 7, n°s 1 et 2; *Rép.*, *eod. v°*, sect. V, § 2, n° 9. Metz, 25 février 1808, et Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 323 et 329. Req. rej., 8 juin 1809, Sir., 9, 1, 375. Req. rej., 7 septembre 1809, Sir., 7, 2, 927. Metz, 2 juin 1814, Sir., 19, 2, 314.

[16] Civ. cass., 18 mars 1868, Sir., 68, 1, 205.

[17] Req. rej., 20 décembre 1841, Sir., 42, 1, 321. Bordeaux, 14 mars 1849, Sir., 52, 2, 407. Req. rej., 13 janvier 1857, Sir., 57, 1, 81.

[18] Il résulte de la *Discussion au Conseil d'État* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 351, n° 19), qu'un Français qui se trouve, depuis de longues années, établi en pays étranger, sans avoir conservé d'habitation en France, est dispensé d'y faire publier son mariage. Mais il devrait toujours, dans le cas prévu par l'art. 168, faire procéder aux publications exigées par cet article. Cpr. Delvincourt, I, p. 138; Duranton, II, 277; Toullier, I, 578; Demolombe, III, 321; Zachariæ, § 455, n° 7.

de ne pas contrevenir aux dispositions du chapitre Ier du titre *Du mariage*. Art. 170.

L'omission seule de publications en France, n'entraine pas la nullité du mariage célébré à l'étranger[19].

[19] *Non obstat* art. 170. Dire qu'un mariage *sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées en pays étranger, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent*, ce n'est pas dire qu'un mariage célébré en pays étranger sera nul, par cela seul qu'il n'aura pas été précédé des publications prescrites par cet article. Ce ne serait tout au plus que par un argument *a contrario*, que l'on pourrait tirer de l'art. 170 la conséquence, que l'omission de publications en France entraîne la nullité du mariage célébré à l'étranger. Or, cet argument n'est ici, ni admissible, ni concluant, et cela par deux raisons également péremptoires : 1° En exigeant que le mariage célébré à l'étranger soit précédé de publications en France, lors même que ces publications ne seraient pas prescrites par les lois du pays où le mariage est contracté, l'art. 170 apporte une modification à la règle de Droit commun *Locus regit actum* ; et ce n'est pas, en vertu d'un argument *a contrario*, qu'en l'absence de toute disposition explicite, qui attache la peine de nullité à l'inobservation d'une formalité non substantielle en elle-même, il peut être permis de la prononcer. 2° Attribuer aux expressions *pourvu que*, l'effet d'une disposition irritante, c'est donner à l'art. 170 une portée trop étendue. En effet, si la clause était irritante quant à la première des conditions indiquées dans cet article, elle le serait aussi quant à la seconde, et il en résulterait ainsi qu'un mariage célébré à l'étranger, quoique précédé de publications régulières en France, devrait être annulé par cela seul qu'il n'aurait pas été signifié d'actes respectueux, ce qui ne paraît pas admissible. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Bans de mariage, n° 2 ; et *Quest.*, v° Publications de mariage, § 1 ; Favard, *Rép.*, v° Mariage, p. 475 *in fine ;* Toullier, I, 578 ; Duranton, II, 237 et 238 ; Vazeille, I, 158 ; Sirey, *Observations*, Sir., 31, 1, 144 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 288 ; Paris, 8 juillet 1820, Sir., 20, 2, 307 ; Colmar, 25 janvier 1823, Sir., 24, 2, 156 ; Nancy, 30 mai 1826, Sir., 26, 2, 251 ; Req. rej., 10 mai 1841, Sir., 41, 1, 302 ; Req. rej., 18 août 1841, Sir., 41, 1, 872 ; Req. rej., 9 novembre 1846, Sir., 47, 1, 55 ; Bordeaux, 14 mars 1850, Sir., 52, 2, 561 ; Caen, 22 mai 1850, Sir., 52, 5, 566 ; Bordeaux, 14 janvier 1852, Sir.. 52, 2, 300 ; Nîmes, 23 février 1858, et Paris, 11 juin 1858, Sir., 58, 2, 385 et 392 ; Pau, 22 mars 1859, Sir., 59, 2, 519 ; Bastia, 7 mai 1859, Sir., 60, 2, 333 ; Req. rej., 19 février 1866, Sir., 66, 1, 206 ; Req. rej., 30 novembre 1866, Sir., 66, 1, 442. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 179 ; Zachariæ, § 455, texte et note 7 ; Taulier, I, p. 288 et 289 ; Marcadé, sur l'art. 170, n° 2 ; Paris, 10 décembre 1827 et 4 juillet 1829, Sir., 29, 2, 179 et 180 ; Montpellier, 15 janvier 1839, Sir., 39, 2, 246. Cpr. aussi : Paris, 30 mai 1829, et Civ. rej., 9 mars 1831, Sir., 29, 2, 178, et 31, 1, 144 ; Civ. cass., 6 mars 1837, Sir., 37, 1, 177 ;

Mais un pareil mariage devrait être annulé, s'il avait été contracté en fraude de la loi française, par exemple, si les époux, en omettant les publications en France et en se rendant en pays étranger pour y faire célébrer leur union, avaient eu en vue de la rendre clandestine aux yeux de la société française, ou d'échapper à la nécessité de la signification des actes respectueux requis par les art. 151 et suivants [20].

Il est, du reste, bien entendu que, si le mariage contracté à l'étranger, l'avait été au mépris d'un empêchement dirimant établi par la loi française, il serait susceptible d'être attaqué conformément à cette loi [21].

La nullité dont un mariage célébré à l'étranger se trouverait frappé pour clandestinité aux yeux de la société française, ou pour violation des formes prescrites par la loi étrangère, peut être proposée par toutes personnes intéressées, et notamment par les collatéraux [22].

Rennes, 6 juillet 1848, Sir., 40, 2, 397. Il est à remarquer que, dans les espèces sur lesquelles ont statué ces derniers arrêts, il y avait tout à la fois omission de publications en France, et absence d'actes respectueux.

20 Cette proposition se justifie par les explications que nous avons données au § 31, texte V, *in fine*, sur la maxime *Locus regit actum*. Cette maxime, en effet, ne protége que les actes faits de bonne foi, et ne peut être invoquée pour le maintien d'actes que des Français seraient allés passer à l'étranger dans le but de s'affranchir de formalités ou de conditions prescrites par la loi de leur patrie dans des vues d'intérêt général. Civ. rej., 9 mars 1831, Sir., 31, 1, 142. Grenoble, 30 mars 1844, Sir., 44, 2, 655. Paris, 9 juillet 1853, Sir., 53, 2, 401. Req. rej., 28 mars 1854, Sir., 54, 1, 295. Cpr. Zachariæ, § 467, note 9. — D'après MM. Valette (sur Proudhon, I, p. 412, obs. 2, et *Explication sommaire*, p. 98) et Demolombe (III, 222 à 225), il faudrait étendre à l'hypothèse que prévoit l'art. 170, la disposition de l'art. 193, qui reconnaît implicitement aux tribunaux le pouvoir d'annuler ou de maintenir, suivant les circonstances, les mariages entachés de clandestinité. Mais ce principe de solution, dont les applications pratiques concordent jusqu'à un certain point avec celles de la doctrine exposée au texte, ne nous paraît pas admissible en théorie.

21 Delvincourt, sur l'art. 170. Zachariæ, § 455, texte et note 9.

22 On cite ordinairement en sens contraire les arrêts suivants : Req. rej., 5 novembre 1839, Sir., 39, 1, 822 ; Req. rej., 18 août 1841, Sir., 41, 1, 871 ; Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7 ; Nîmes, 23 février 1858, Sir., 58, 2, 385. Mais il est à remarquer que ces arrêts ont été rendus dans des espèces où le mariage, célébré à l'étranger, était attaqué pour simple omission de publications en France, et non pour clandestinité dans le sens de l'art. 191. Cette distinction, qui ressort d'une manière précise des motifs du premier de ces arrêts, prouve qu'ils laissent complétement intacte notre question, qui doit se résoudre par ce principe incontestable, que le vice de clandestinité engendre une nullité absolue et d'ordre public.

Les époux cependant ne sont plus recevables à la faire valoir dans le cas prévu par l'art. 196 [23].

La nullité qu'entraîne le défaut de publications en France, lorsque les époux se sont mariés en pays étranger pour se soustraire à l'obligation de faire signifier les actes respectueux prescrits par la loi, peut être proposée par les ascendants dont le conseil devait être requis, ainsi que par l'époux qui se trouvait soumis à l'obligation de le requérir. Mais elle se couvre, par rapport aux uns comme à l'égard de l'autre, par les causes indiquées en l'art. 183 [24].

Indépendamment des conditions exigées par l'art. 170, la loi impose au Français qui s'est marié à l'étranger, l'obligation de faire transcrire l'acte de célébration sur les registres de l'état civil du lieu de son domicile, dans les trois mois de son retour en France. Art. 171.

Ce délai n'est pas fatal; la formalité dont il s'agit peut être utilement accomplie à toute époque, et même postérieurement au décès des deux époux [25]. Néanmoins, après l'expiration des trois mois, l'officier de l'état civil ne doit effectuer la transcription qu'en vertu d'un jugement de rectification [26].

L'omission de la formalité prescrite par l'art. 171, qui peut, suivant les circonstances, constituer un élément de preuve de la

[23] Civ. rej., 23 août 1826, Sir., 27, 1, 108. Paris, 23 janvier 1832, Sir., 32, 2, 384. Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 298. Req. rej., 25 février 1839, Sir., 39, 1, 187. Rennes, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 397. Req. rej., 10 mars 1841, Sir., 41, 1, 302. Req. rej., 17 août 1841, Sir., 41, 1, 681. Grenoble, 30 mars 1844, Sir., 44, 2, 655. Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Req. rej., 14 juin 1845, Sir., 45, 1, 726. Req. rej., 8 novembre 1853, Sir., 56, 1, 17. Req. rej., 26 juillet 1865, Sir., 65, 1, 393.

[24] Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Req. rej., 5 novembre 1839, Sir., 39, 1, 822. Rennes, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 397. Req. rej., 17 août 1841, Sir., 41, 1, 681. Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Req. rej., 14 juin 1845, Sir., 45, 1, 726. Paris, 9 juillet 1853, Sir., 53, 2, 401.

[25] Toullier, I, 579. Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 14. Duranton, II, 239 et 240. Vazeille, I, 189. Zachariæ, § 455, note 8. Rouen, 11 juillet 1827, Sir., 28, 2, 206. Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 261.

[26] Une transcription à faire hors des délais indiqués par l'art. 171, constitue une rectification des actes de l'état civil, et ne peut dès lors avoir lieu qu'après autorisation de justice. *Lettre du grand juge*, du 5 germinal an XII, rapportée par Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3, p. 579 et 580.

clandestinité, pour la société française, de l'union célébrée en pays étranger, n'entraîne pas, par elle-même, la nullité de cette union[27], et ne prive les époux ou leurs enfants d'aucun des effets civils du mariage, pas même de ceux qui en supposent la publicité légale[28].

Ainsi, les enfants jouissent, malgré le défaut de transcription, du bénéfice de la légitimité, et sont aptes à recueillir, comme en-

27 Ce premier point est généralement admis. Outre les autorités citées à la note 25 *supra*, voy. encore : Marcadé, sur l'art. 171 ; Taulier, I, p. 289 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 290 ; Demolombe, III, 229 ; Zachariæ, § 455, texte et note 8 ; Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195 ; Bordeaux, 14 mars 1850, Sir., 52, 2, 661 ; Nîmes, 23 février 1858, Sir., 58, 2, 385.

28 D'accord avec la jurisprudence, nous avions, dans nos deux premières éditions, émis l'opinion que les époux, et la femme en particulier, n'étaient admis à invoquer les effets civils attachés à la publicité légale du mariage qu'à partir de la transcription de l'acte de célébration, lorsque cette formalité n'avait pas été accomplie dans le délsi fixé par l'art. 171. Les considérations suivantes nous ont portés à abandonner cette manière de voir : 1° L'art. 171 ne prononce aucune déchéance, et il ressort des travaux préparatoires du Code qu'on n'a jamais eu l'idée d'attacher à cet article, d'autre sanction que celle de peines pécuniaires. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 23. Si le retranchement des dispositions insérées à cet effet dans le projet du Code, a laissé de fait cet article sans sanction, ce n'est pas une raison pour y suppléer par une déchéance que la loi n'a pas établie. 2° Le système contraire ferait retomber sur la femme les conséquences de l'omission d'une formalité que son état de dépendance vis-à-vis de son mari ne lui permettrait pas toujours de remplir, et dont ce dernier pourrait même avoir intérêt à empêcher l'accomplissement, ce qui est en opposition avec l'esprit général de notre législation touchant les garanties accordées aux femmes mariées pour la conservation de leur patrimoine, et plus spécialement avec les motifs sur lesquels repose la dispense d'inscription de leur hypothèque légale. 3° Il serait peu rationnel, après avoir admis, comme on est obligé de le faire, qu'un mariage célébré en pays étranger produit en France tous les effets civils, indépendamment de la transcription de l'acte de célébration, tant que les époux continuent à résider à l'étranger, de subordonner, quand ils sont de retour en France, quelques-uns de ces effets à l'accomplissement de cette formalité. 4° Enfin, il n'est pas inutile de remarquer que la disposition de l'art. 171 resterait sans application possible, si le mariage avait été contracté dans un pays où il n'est pas d'usage de constater la célébration par un acte instrumentaire. Voy. en ce sens : Mourlon, *Revue de droit français et étranger*, 1844, I, p. 885 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 290 ; Demolombe, III, 229. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 240 ; Toullier, I, 589 ; Marcadé, II, sur l'art. 171. Cpr. aussi pour et contre, les autorités citées à la note 30 *infra*.

fants légitimes, les successions de leurs parents en ligne directe ou collatérale [29].

Ainsi encore, l'absence de transcription ne prive pas la femme du droit de faire valoir son hypothèque légale à partir des époques fixées par l'art. 2135 [30], et ne lui enlève pas la faculté de demander la nullité des engagements qu'elle aurait contractés sans l'autorisation de son mari [31]. Toutefois, si les époux avaient tenu leur mariage secret, ils ne pourraient s'en prévaloir vis-à-vis des tiers, qui auraient traité avec l'un d'eux dans l'ignorance de leur union [32].

Il est, du reste, évident que le défaut de transcription ne pourrait être invoqué, ni par les deux époux, pour repousser l'action en nullité dirigée contre leur mariage [33], ni par l'un d'eux ou par son nouveau conjoint, pour faire maintenir une seconde union qu'il aurait formée avant la dissolution de la première [34].

§ 469.

Des mariages contractés en France par des étrangers.

Les étrangers peuvent valablement se marier en France, soit entre eux, soit avec des Français [1].

Ces mariages sont, quant aux solennités extrinsèques et à la

29 Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 4, 261. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 138.

30 Mourlon, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, Demolombe, *locc. citt.* Troplong, *Des hypothèques*, II, 513 *bis*. Civ. rej., 23 novembre 1840, Sir., 40, 1, 929. Voy. en sens contraire : Duranton et Marcadé, *locc. citt.*; Montpellier, 15 janvier 1823, Sir., 23, 2, 381 ; Req. rej., 6 janvier 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Hypothèques, p. 144 ; Montpellier, 3 juin 1830, Sir., 31, 2, 151.

31 Voy. pour et contre cette proposition, les autorités indiquées à la note 28 *supra*.

32 Cpr. § 467, texte et note 16. Demolombe, *loc. cit.*

33 Vazeille, I, 190. Zachariæ, § 455, note 9, *in fine*. Civ. cass., 8 novembre 1824, Sir., 24, 1, 428.

34 Duranton, II, 240. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 138.

1 Avis du Conseil d'État, des 2e-4e jour complémentaires an XIII (Locré, *Lég.*, II, p. 362). Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 21).

manière d'en constater l'accomplissement, entièrement régis par les lois françaises [2].

La capacité personnelle des étrangers qui veulent se marier, soit avec des Français, soit entre eux, se règle par les lois de leur pays [3].

Les étrangers, incapables de se marier d'après ces lois, ne peuvent, pour justifier de leur capacité, se prévaloir des lois françaises. Ainsi, un étranger qui n'aurait point encore atteint l'âge auquel sa loi nationale permet le mariage, ne serait pas admis à se marier en France, bien qu'il eût dépassé l'âge fixé par l'art. 144[4]. C'est par ce motif que l'officier de l'état civil, appelé à procéder à la célébration du mariage d'un étranger, peut et doit exiger de lui un certificat, délivré par les autorités de son pays, constatant qu'il est habile à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser[5]. Toutefois, l'incapacité résultant de proscriptions politiques ou de condamnations pénales prononcées en pays étranger, n'empêche pas l'étranger qui s'en trouverait frappé, de contracter en France un mariage valable aux yeux de la loi française [6].

2 Ainsi, les étrangers qui n'ont pas six mois de résidence en France, sont tenus de faire publier leur mariage à leur dernier domicile à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice, du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342. Demolombe, III, 231. Voy. cep. l'art. 2 du sénatus-consulte du 30 juillet 1867, relatif au mariage des étrangers immigrants dans les colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, et de la Réunion.

3 Dans le cours de la *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 21), le premier consul ayant demandé pourquoi le projet ne parlait pas des mariages contractés en France par des étrangers, Réal expliqua ce silence, en disant qu'un article déjà adopté par le conseil soumettait, en général, aux lois françaises, les étrangers résidants en France. Cette remarque était inexacte, puisque l'alin. 1er de l'art. 3 du Code Napoléon, seule disposition à laquelle Réal ait pu faire allusion, ne soumet les étrangers habitant le territoire français qu'aux lois de police et de sûreté. Or, cette disposition, loin de condamner notre opinion, nous fournit un argument *a contrario* d'autant plus puissant, qu'il se trouve corroboré par un argument d'analogie tiré de l'al. 4 du même article. Cpr. l'art. 4 du sénatus-consulte cité à la note précédente ; § 31, texte et note 23. Duranton, II, 233. Vazeille, I, 187.

4 Voy. aussi sur l'incapacité dont se trouvent frappés les moines étrangers : § 31, texte et note 27.

5 Cpr. la circulaire du ministre de la justice, citée à la note 2.

6 Cpr. § 31, texte II et III, n° 2, lett. *e*, et notes 40 à 42.

Réciproquement, on ne peut opposer aux étrangers, capables de se marier d'après les lois de leur pays, les incapacités établies par la loi française. Ainsi, l'étranger qui est parvenu à l'âge auquel il est permis de se marier suivant la loi de son pays, doit être admis à contracter mariage en France, bien qu'il n'ait point encore l'âge requis par l'art. 144.

Les tribunaux français, qui seraient incidemment saisis d'une demande en nullité dirigée contre un mariage contracté, même en France, entre étrangers, doivent apprécier d'après les lois étrangères, non-seulement la capacité personnelle des époux, mais encore le point de savoir s'il existait ou non un empêchement dirimant de nature à entraîner l'annulation du mariage. Ainsi, le juge français devrait maintenir le mariage célébré entre un beau-frère et une belle-sœur par un officier de l'état civil français, si la loi nationale des époux autorisait un pareil mariage.

Il ne faut pas, toutefois, conclure de la proposition précédente qu'il y ait, pour les officiers de l'état civil en France, obligation ou faculté de procéder à une union entre étrangers, par cela seul que le mariage, si de fait il avait été célébré, ne serait pas susceptible d'être annulé. Bien loin de là, ces officiers peuvent et doivent même refuser de prêter leur ministère à toute union qui, quoique permise par la loi nationale des époux, serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, d'après les idées de la société française. C'est ainsi, par exemple, que l'officier de l'état civil pourrait et devrait se refuser à procéder au mariage entre beaux-frères et belles-sœurs étrangers, qui n'auraient point au préalable obtenu des dispenses du gouvernement français [7]. La même solution semble devoir s'appliquer au cas où un étranger dont le divorce aurait été légalement prononcé dans son pays, voudrait se marier en France, même avec une étrangère [8].

[7] Cpr. § 31, texte II et III, n° 2, lett. *c*, et note 34. Circulaire ministérielle du 10 mai 1824, Sir., 29, 2, 285.

[8] On ne saurait contester que l'abolition du divorce a eu pour objet de faire cesser le désaccord qui existait, quant à la question de l'indissolubilité du mariage, entre la loi civile et les croyances religieuses de la majorité des Français; et il serait contraire à l'esprit de cette loi de permettre en France la célébration d'une union de nature à froisser les sentiments religieux de la société française. En vain objecterait-on que cette union, une fois célébrée, ne pourrait cependant pas être annulée. Cette objection, qui s'appliquerait également au mariage que voudraient contracter en France un beau-frère et une belle-sœur, l'un et l'autre

La capacité personnelle des Français qui veulent se marier avec des étrangers, se détermine exclusivement par les lois françaises. Ainsi, par exemple, un Français ne peut se marier avec une étrangère qui lui est parente ou alliée au degré prohibé par les art. 161 à 163, quand même cette dernière aurait, d'après les lois de son pays, la faculté de l'épouser [9].

D'un autre côté, un Français ne peut jamais se prévaloir des dispositions d'une loi étrangère qui autoriserait le mariage qu'il se propose de contracter, pour se soustraire à une prohibition d'ordre public établie par la loi française, et qui, d'après son objet, s'applique non-seulement aux mariages entre Français, mais encore aux mariages entre Français et étrangers. C'est ainsi qu'une Française ne peut valablement contracter mariage avec un mahométan qui serait déjà engagé dans les liens d'une première union.

La prohibition établie par l'art. 144 n'ayant point le caractère qui vient d'être indiqué, rien n'empêche qu'un Français ne contracte valablement mariage avec une étrangère qui n'a point encore atteint l'âge fixé par cet article, pourvu qu'elle soit pubère d'après les lois de son pays.

La loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce, ne contenant aucune disposition qui défende le mariage avec des personnes devenues libres de tout lien matrimonial antérieur par l'effet d'un divorce légalement prononcé, il en résulte que le mariage contracté entre une Française et un étranger divorcé, ne pourrait être annulé par le motif que le premier conjoint de celui-ci se trouvait encore en vie au moment de la célébration de la nouvelle union [10].

étrangers, n'est en droit d'aucune portée, puisqu'il existe beaucoup d'empêchements qui sont simplement prohibitifs. Malher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 197. Demangeat, sur Fœlix, *Droit international privé*, I, p. 66, note *a*. Demante, *Cours*, I, p. 45, note 1. Dutruc, Sir., 59, 2, 402. Paris, 20 août 1824, Sir., 25, 2, 203. Paris, 28 mars 1843, Sir., 43, 2, 566. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Divorce, § 43; Demolombe, I, 101 ; Civ. cass., 28 février 1860, Sir., 60, 1, 210 ; Orléans, 19 avril 1860, Sir., 60, 2, 196.

9 Duranton, II, 164 et 165.

10 En vain opposerait-on, en sens contraire, l'art. 147 du Code Napoléon combiné avec la loi dn 8 mai 1816. Il nous paraît en effet évident, que la question de savoir si un premier mariage, contracté par un étranger, subsiste encore, ou se trouve dissous, ne peut se décider que d'après la loi nationale de cet étranger. Bien qu'un mariage contracté par une Française avec un mahométan, déjà engagé

Il est, du reste, bien entendu que si le divorce prononcé en pays étranger, l'avait été en fraude de la loi française, à la demande d'un Français qui s'y serait fait naturaliser dans ce but, un pareil divorce serait à considérer en France comme non avenu, et que par conséquent le second mariage que ce Français aurait contracté, fût-ce même en pays étranger, serait frappé de nullité aux yeux de la loi française [11].

L'union contractée entre un Français et une étrangère, produit en France tous les effets civils que la loi française attache au mariage [12].

Au contraire, l'union contractée, même en France, entre deux étrangers, ou entre un étranger et une Française, n'y produit point, en faveur des époux et de leurs enfants, les effets civils qui, d'après les principes exposés au § 78, doivent être considérés comme particuliers aux Français [13].

dans les liens d'une première union, constitue par lui-même une violation formelle de la défense prononcée par l'art. 147, il n'en est pas de même du mariage qu'une Française aurait contracté avec un étranger légalement divorcé, puisque, en pareil cas, c'est bien moins le mariage lui-même, qui est contraire à la loi française, que le maintien du divorce par la loi étrangère. Pour prononcer l'annulation d'une pareillle union, il faudrait un texte formel; et ce texte n'existe pas. Demolombe, I, 101. Cpr. Nancy, 30 mai 1826, Sir., 26, 2, 251.

11 Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Req. rej., 16 décembre 1845, Sir., 46, 1, 100.

12 La raison en est que l'étrangère qui épouse un Français, devient Française par son mariage. Art. 12. Cpr. § 73.

13 La femme française qui épouse un étranger, devient étrangère par son mariage. Art. 19, al. 1. Elle ne peut donc, pas plus que son mari, réclamer en France la jouissance des droits civils qui sont exclusivement attachés à la qualité de Français. Cpr. § 74, texte n° 5. Avis du Conseil d'Etat des 2e-4e jour complémentaires an XIII. Locré, *Lég*, II, p. 362. Il ne lui compète, par exemple, aucune hypothèque sur les immeubles que son mari possède en France. Cpr. § 78, texte et notes 62 à 64. — Voy. en ce qui concerne la légitimation des enfants issus du commerce d'un étranger et d'une Française : § 78, texte et note 27.

IV. DES EFFETS DU MARIAGE EN CE QUI CONCERNE LES DROITS ET LES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX [1].

§ 470.

1. *Des droits et des devoirs communs aux deux époux.*

Chacun des époux doit à son conjoint la fidélité conjugale [2]. Art. 212.

Les époux se doivent mutuellement l'assistance personnelle qu'ils sont en position de se prêter, et des secours pécuniaires proportionnés à leurs facultés. Art. 212.

Lorsque, comme c'est la règle, les époux font ménage commun, l'obligation réciproque qui leur incombe, de se fournir des secours pécuniaires, se trouve réglée par les dispositions légales qui, suivant la diversité des régimes matrimoniaux, déterminent la proportion dans laquelle ils doivent contribuer aux frais de ce ménage [3].

Quand les époux, sans être séparés de corps [4], ne font cependant pas ménage commun, on doit, pour apprécier exactement les conséquences de l'obligation réciproque dont il s'agit, et pour résoudre la question de savoir si l'un des conjoints est en droit de demander à l'autre une pension alimentaire, distinguer entre le cas ou la cessation de la vie commune est la suite d'une convention intervenue entre eux, ou provient du fait de l'un d'eux seulement.

Au premier cas, aucun des époux ne peut réclamer de son conjoint une pension alimentaire [5]. Que si, en se séparant conventionnellement, l'un des époux s'était engagé à servir à l'autre une pareille pension, cet engagement devrait sans doute recevoir son exécution pour le passé, dans la mesure du temps pendant lequel

[1] Il ne peut être ici question des effets du mariage en ce qui concerne les biens des époux. Ils seront exposés au second chapitre de ce titre.

[2] Ce principe est cependant sanctionné d'une manière plus rigoureuse quant à la femme, que relativement au mari. Cpr. art. 229 et 230 cbn. 306; Code pénal, art. 336 à 339.

[3] Voy. art. 1401 et 1409, n° 5; 1448, 1537, 1540, 1549 et 1573.

[4] Voy. pour le cas de séparation de corps: § 494, texte n° 1.

[5] Grenoble, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 627.

les époux sont restés séparés[6]; mais il ne serait pas obligatoire pour l'avenir, en ce que celui qui l'a souscrit, pourrait toujours en refuser l'accomplissement ultérieur, en offrant de rétablir la vie commune[7].

Au second cas, l'époux qui, après s'être séparé de son conjoint, refuse de le rejoindre ou de le recevoir, est tenu de lui fournir, s'il y a lieu, une pension alimentaire proportionnée à ses besoins et à ses propres facultés[8].

Mais il n'est pas, à l'inverse, en droit d'en réclamer une de son conjoint, à supposer que ce dernier ne mette, de son côté, aucun obstacle au rétablissement de la vie commune[9]. Il en serait ainsi, en principe, alors même que celui des époux par le fait duquel la séparation s'est opérée, prétendrait que la vie commune présente pour sa personne de graves inconvénients[10], sauf à lui à former, le cas échéant, une demande en séparation de corps, et à réclamer, pendant l'instance, une provision alimentaire, et, après la sépara-

[6] Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., 8, 1, 145. Req. rej., 28 décembre 1830, Sir., 31, 1, 11.

[7] Art. 307 *in fine*, et arg. de cet art. Cpr. Nîmes, 9 mai 1860, Sir., 60, 2, 577.

[8] Duranton, II, 434. Demolombe, IV, 110. Lyon, 30 novembre 1811, Sir., 12, 2, 63. Douai, 2 juin 1852, Sir., 53, 2, 215. — La femme d'un pensionnaire de l'État, envers laquelle son mari ne remplit pas les obligations qui lui sont imposées par l'art. 214, peut saisir, et même faire retenir administrativement, le tiers de la pension, militaire ou civile, de ce dernier. Avis du Conseil d'État des 22 décembre 1807 - 11 janvier 1808. Loi du 11 avril 1831, art. 28. Loi du 18 avril 1831, art. 30, cbn. Loi du 19 mai 1834, art. 20. Loi du 9 juin 1853, art. 26.

[9] Voy. cep. Paris, 29 août 1857, Sir., 57, 2, 768. Cet arrêt décide que la femme qui a volontairement quitté le domicile conjugal, pour se livrer à l'inconduite, ne peut réclamer une pension alimentaire de son mari, alors même que ce dernier refuserait de la recevoir. Les circonstances du fait paraissent avoir exercé une grande influence sur cette décision qui, en dispensant tout à la fois le mari et de recevoir sa femme, et de lui payer une pension alimentaire, a violé, à notre avis, la disposition de l'art. 214.

[10] Cpr. Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. cep. Bordeaux, 3 février 1853, Sir., 53, 2, 260. Suivant cet arrêt, le mari qui a quitté sa femme avec laquelle il prétend ne pouvoir habiter sans inconvénient, serait en droit d'exiger d'elle une pension alimentaire. Cette décision nous paraît aussi peu juridique que celle dont il a été question dans la note précédente.

tion prononcée, la pension alimentaire à laquelle il peut avoir droit, eu égard à ses besoins et aux facultés de son conjoint [11].

La rigueur des principes qui viennent d'être exposés pourrait cependant être tempérée en faveur de la femme qui, s'étant séparée de son mari, refuserait de le rejoindre, par le motif qu'il ne lui offrirait pas un logement convenable à sa position, et garantissant, d'une manière suffisante, sa sécurité et sa dignité. En pareil cas, le mari pourrait être condamné à payer à la femme une pension alimentaire, aussi longtemps du moins qu'il ne se mettrait pas sérieusement en mesure de remplir à son égard le devoir que lui impose la disposition finale de l'art. 214 [12].

L'obligation alimentaire dont les époux sont tenus l'un envers l'autre, prime, même après séparation de corps, celle à laquelle les enfants sont soumis vis-à-vis de leurs parents [13].

§ 471.

2. *Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux.*

Le mari doit protection à sa femme, la femme, obéissance à son mari. Art. 213.

Quelque étendue que soit l'autorité du mari, elle reste soumise au contrôle des tribunaux, auxquels la femme peut s'adresser pour faire réprimer les actes d'oppression que son époux exercerait à son égard [1].

Du principe que la femme doit obéissance à son marí, il résulte qu'elle est obligée d'habiter avec lui, et de le suivre partout où il juge à propos de résider, même en pays étranger [2]. Art. 214. Le mari est autorisé à dénier à la femme qui se refuse à l'accomplis-

11 Voy. § 493, texte n° 2 ; § 491, texte n° 1.

12 Voy. les autorités citées à la note 10 du § 471.

13 Demolombe, IV, 34. Rouen, 3 mai 1857, Sir., 58, 2, 377.

1 Trib. de la Seine, 13 janvier 1870, Sir., 70. 2, 158.

2 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 393, art. 2; p. 395 et 396, n° 32). Delvincourt, I, p. 156. Proudhon, I, p. 452. Toullier, II, 616. Duranton, II, 435. Vazeille, II, 290. Marcadé, sur l'art. 214, n° 2. Demolombe, IV, 90. — Il en serait cependant autrement, dans le cas où le mari voudrait émigrer en pays étranger, contrairement aux prohibitions d'une loi politique. Proudhon, Vazeille, et Marcadé, *locc. citt.* Demolombe, IV, 91.

sement de cette obligation, tout secours pécuniaire, sur les revenus de ses biens personnels et des biens communs, et même sur les revenus des biens propres de celle-ci, dont il aurait l'administration et la jouissance [3].

Si ce moyen est insuffisant pour vaincre sa résistance, et que la femme touche elle-même tout ou partie de ses revenus [4], les tribunaux peuvent, en la condamnant à rentrer au domicile conjugal, permettre au mari de l'y contraindre [5], soit au moyen de la saisie de ses revenus [6], soit au moyen de l'emploi de la force publique [7]

[3] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 376, n° 32). Delvincourt, I, p. 155. Duranton, II, 438. Demolombe, IV, 104.

[4] Cpr. art. 1448, 1449, 1534, 1536, 1537, 1575 et 1576.

[5] Le choix à faire entre les deux moyens de contrainte indiqués au texte, paraît, à raison du silence de la loi et d'après la *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 396, n° 32), abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge. Mais ces deux moyens de contrainte semblent les seuls que les tribunaux soient légalement autorisés à ordonner. Ainsi, il ne leur serait pas, à notre avis, permis, comme le pensent MM. Duranton (II, 439) et Demolombe (IV, 106), et comme l'a jugé la Cour de Nîmes (20 février 1862, Sir., 63, 2, 161), de condamner la femme, qui refuse de rejoindre son mari, à des dommages-intérêts, dont le paiement pourrait être poursuivi sur la propriété même de ses biens. En effet, il ne s'agit point ici d'une obligation corrélative à un droit de créance, mais d'un devoir correspondant à un droit de puissance, et qui, par cela même, ne se résout pas en dommages-intérêts. Cpr. § 172, texte et note 5 ; art. 1149, et § 299, texte et note 12. Colmar, 4 janvier 1817, Sir., 18, 2, 123. Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. Pau, 11 mars 1863, Sir., 63, 2, 197.

[6] Delvincourt, I, p. 155. Vazeille, II, 291. Demolombe, III, 105. Marcadé, *loc. cit.* Pau, 22 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 15. Riom, 13 août 1810, Sir., 13, 2, 239. Toulouse, 24 août 1818, Sir., 21, 2, 249. Aix, 29 mars 1831, Sir., 33, 2, 92. Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. Paris, 14 mars 1834, Sir., 34, 2, 159. Nîmes, 20 février 1862, Sir., 63, 2, 161. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 438 et 439.

[7] Vazeille, II, 291. Toullier, XIII, 109. Valette, sur Proudhon, I, p. 453, note *a*. Marcadé, *loc. cit.* Coin-de-Lisle, sur l'art. 2063, n° 4. Troplong, *De la contrainte par corps*, n° 258. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 367. Demolombe, IV, 107. Demante, *Cours*, I, 297 *bis*, III. Zachariæ, § 471, texte et note 3. Paris, 29 mai 1808, Sir., 8, 2, 199. Pau, 12 avril 1810, Sir., 10, 2, 241. Turin, 17 juillet 1810, Sir., 12, 2, 414. Colmar, 4 janvier 1817, Sir., 18, 2, 123. Nancy, 11 avril 1826, Sir., 26, 2, 200. Req. rej., 9 août 1826, Sir., 27, 1, 88. Aix, 29 mars 1831, Sir., 33, 2, 92. Dijon, 25 juillet 1840, Sir., 40, 2, 291. Paris, 31 mars 1855, Sir., 55, 2, 494. Nîmes, 20 février et 10 juin 1862, Sir., 63, 2, 161 et 162. Pau, 11 mars 1862, Sir., 63, 2, 97.

(*manu militari*). Les tribunaux sont même tenus d'ordonner cette dernière voie de contrainte, quand elle est requise à défaut d'autre moyen d'exécution, ou à raison de l'inefficacité de ceux qui ont été jusqu'alors employés [8].

Le juge ne peut, sous aucun prétexte, dispenser la femme non séparée de corps du devoir d'habiter avec son mari [9]. Il peut seulement, tout en la condamnant à l'accomplissement de ce devoir, ordonner, s'il y a lieu, qu'elle n'y sera contrainte que lorsqu'on lui offrira un logement convenable à sa position et dans lequel sa sécurité et sa dignité se trouvent garantis [10]. Le mari qui exige de sa femme le retour au domicile conjugal, doit aussi lui fournir les moyens de quitter, d'une manière honnête, son habitation actuelle, et de venir le rejoindre [11].

Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 155 ; Duranton, II, 440 ; Duvergier, sur Toullier, I, 616, note 1 ; Toulouse, 24 août 1818, Sir., 21, 2, 249 ; Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. C'est en confondant le moyen de coercition dont il est question au texte avec la contrainte par corps, et en méconnaissant les véritables caractères des droits et des devoirs que le mariage engendre, que ces auteurs et ces arrêts ont admis une opinion contraire à la nôtre.

8 Le jugement qui, dans les circonstances indiquées au texte, refuserait au mari le droit de vaincre, par l'emploi de la force publique, la résistance de sa femme, paralyserait l'exercice d'un droit reconnu par la loi, et encourrait la censure de la Cour de cassation.

9 Pothier, n° 383. Vazeille, II, 393 à 395. Dutruc, *De la séparation de biens*, n° 313 et 319. Bruxelles, 13 août 1806, Sir., 7, 2, 28. La seule modification dont ce principe soit, à notre avis, susceptible, est celle que nous y avons nous-mêmes apportée. Nous croyons donc devoir rejeter tous les autres tempéraments proposés par Duranton (II, 437). La femme ne peut se soustraire au devoir de la cohabitation qu'en faisant prononcer sa séparation de corps. Cpr. Nancy, 21 janvier 1858, Sir., 58, 2, 75. Voy. cep. Duverger, *Revue critique*, 1866, XXVIII, p. 316.

10 Merlin, *Rép.*, v° Mari, § 2, n° 1. Vazeille, II, 296 à 299. Duranton, II, 437. Demolombe, IV, 95. Bruxelles, 11 mars 1807, Sir., 7, 2, 262. Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., 8, 1, 145. Civ. rej., 26 janvier 1808, Sir., 7, 2, 1196. Colmar, 14 janvier 1812, Sir., 12, 2, 442. Paris, 19 avril 1817, Sir., 18, 2, 63. Civ. rej., 9 janvier 1826, Sir., 26, 1, 264. Montpellier, 23 décembre 1830, Sir., 31, 2, 330. Req. rej., 20 novembre 1860, Sir., 61, 1, 965. La jurisprudence n'a pas toujours rigoureusement observé la distinction établie au texte. Parmi les arrêts que nous avons cités, il en est qui ont déclaré le mari purement et simplement non recevable dans sa demande. Voy. aussi dans ce sens : Zachariæ, § 471, texte et note 4.

11 Le mari est-il tenu de payer les dettes que, pendant la séparation, la

Si la femme est tenue d'habiter avec son mari, ce dernier, de son côté, est tenu de la recevoir chez lui, de la traiter maritalement [12], et de lui fournir tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Art. 214. Lorsque le mari se refuse à l'accomplissement de ce devoir, les tribunaux doivent, à la demande de la femme, qui ne voudrait pas se contenter d'une pension alimentaire, autoriser celle-ci à recourir à l'emploi de la force publique pour se procurer l'entrée du logement occupé par le mari [13]. Mais ils ne pourraient personnellement contraindre ce dernier à rejoindre sa femme, soit dans une habitation qu'elle se serait choisie, soit même dans le domicile conjugal [14].

§ 472.

Continuation. — De l'autorisation maritale [1].

La femme mariée ne peut, en son nom personnel, et pour ses propres affaires [2], ni ester en justice, ni faire, en général, des actes

femme a été forcée de contracter pour satisfaire à ses besoins? Cette question ne nous paraît pas susceptible d'une solution absolue, et doit être décidée d'après les circonstances particulières à chaque espèce. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *c*; Demolombe, IV, 94; Zachariæ, § 471, texte et note 5; Grenoble, 20 juillet 1824, Dalloz, 1825, 2, 106; Bordeaux, 8 juin 1839, Sir., 39, 2, 416; Req. rej., 13 février 1844, Sir., 44, 1, 662.

[12] Zachariæ, § 471, texte et note 6. Cpr. Civ. cass., 20 janvier 1830, Sir., 30, 1, 99.

[13] Toullier, XIII, 110. Demolombe, IV, 110. Civ. cass., 20 janvier 1830, Sir., 30, 1, 99.

[14] Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 461, texte et note 8. Cpr. Douai, 2 juin 1852, Sir., 53, 2, 215.

[1] Cpr. sur cette matière : Pothier, *De la puissance du mari;* Lebrun, *Traité de la communauté,* liv II, chap. I; Kœnigswarter, *Études historiques sur le Droit civil français, Revue de législation,* 1843, XVII, p. 393; Masson, *Recherches historiques sur l'origine de l'autorité maritale en France, Journal de l'institut historique,* 1845, V, p. 163 et 241.

[2] La validité de l'acte juridique fait par un mandataire, n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de ce dernier. Cpr. § 411, texte n° 2, notes 8 et 9. La femme peut donc, sans l'autorisation de son mari, valablement agir au nom d'un tiers, en exécution d'un mandat conventionnel. Elle peut également, en vertu du pouvoir que lui donne à cet effet l'art. 935, accepter une donation faite à son enfant mineur. Cpr. § 652. — Quant à l'obligation qu'engendre pour la

juridiques quelconques, sans l'autorisation de son mari. Art 215 et 217. Cette autorisation est requise, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés. Elle devient nécessaire à partir de la célébration du mariage [3], et ne cesse de l'être qu'après sa dissolution [4].

Sanctionner, pour tous les actes de la vie civile, le devoir d'obéissance imposé à la femme, et garantir son patrimoine, en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du ménage et à assurer l'avenir de la famille, tel est le double but que le législateur a eu en vue en établissant la règle de l'autorisation maritale, laquelle est moins requise dans l'intérêt personnel de la femme elle-même, que dans celui du mari, considéré comme chef de l'union conjugale, et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent [5].

femme, l'acceptation d'un mandat qui lui aurait été conféré, sa validité est soumise à la condition de l'autorisation maritale. Cpr. § 411, texte n° 2, notes 10 et 11. — *Quid* du mandat conféré à la femme par son mari? Cpr. texte n° 3, et note 49 *infra*.

[3] Les coutumes qui l'exigeaient à partir des fiançailles, ont été abrogées par le Code. Cpr. Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs*, III, 171 ; Pothier, *op. cit.*, n° 7; Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI, § 2; Vazeille, II, 302; Zachariæ, § 472, texte et note 30.

[4] Elle est donc encore nécessaire malgré la séparation de corps. Cpr. § 494, texte n° 1.

[5] L'incapacité de la femme mariée est bien différente de celle du mineur. Cpr. art. 1124 et 1125. Celle-ci est établie *propter imperitiam ætatis*, et par conséquent dans l'intérêt du mineur. Celle-là, au contraire, n'est point établie *propter fragilitatem sexus*. Ce qui le prouve évidemment, c'est que les filles majeures et les veuves jouissent, en général, de la même capacité que les hommes. Cpr. § 86, texte n° 1. L'incapacité de la femme mariée est une conséquence du mariage et de la puissance maritale. Cette puissance, qui confère au mari des droits si importants, lui impose aussi des devoirs, et notamment l'obligation de veiller à la garde de tous les intérêts qui se rattachent à l'union conjugale. Il faut en conclure que, quoique l'autorisation maritale ne soit pas requise comme garantie des intérêts individuels de la femme, elle n'est pas, d'un autre côté, uniquement exigée en faveur du mari, mais encore et surtout pour la conservation des intérêts matrimoniaux et collectifs dont il est le représentant. Ainsi s'explique parfaitement l'art. 225, qui paraît, au premier abord, contraire au principe sur lequel est, à notre avis, fondée l'autorisation maritale. Si la femme est admise à faire valoir la nullité résultant du défaut d'autorisation, c'est moins en vertu d'un droit établi à son profit particulier, qu'en vertu d'un droit qu'elle puise dans sa participation aux intérêts collectifs qui, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés, naissent du fait même du mariage. Les auteurs, soit an-

1° De l'autorisation requise en matière judiciaire.

L'autorisation maritale, dont la femme doit être pourvue pour ester en justice, est exigée quel que soit le régime matrimonial sous lequel elle se trouve placée. Art. 215.

Elle est nécessaire devant toute juridiction, et à tous les degrés d'instance [6]. La femme en a même besoin pour comparaître au bureau de paix [7].

L'autorisation maritale est requise en toute espèce d'instances judiciaires, quels que soient l'objet et la nature de la contestation, et alors même que le litige porterait sur des actes que la femme était capable, soit comme marchande publique, soit en vertu de ses conventions matrimoniales, de passer sans autorisation.

Enfin, la femme a besoin de l'autorisation maritale pour défendre à une demande formée contre elle, aussi bien que pour introduire une action, et quelle que soit d'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, sa partie adverse.

Il résulte, entre autres, de ces diverses propositions, que l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour figurer dans une procédure d'ordre [8], pour défendre à une demande en interdiction dirigée contre elle [9], et même pour intenter contre son mari une demande en nullité de mariage [10].

ciens, soit modernes, sont loin d'être d'accord sur le fondement de la règle de l'autorisation maritale. Cpr. Lebrun, *op. cit.*, sect. I, n° 1 ; Pothier, *op. cit.*, n° 4 ; Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. II ; Proudhon, I, p. 454 ; Zachariæ, § 472, texte, notes 2 et 3. Notre manière de voir sur ce point a été adoptée par M. Demolombe (IV, 113 à 117).

6 Demolombe, IV, 128 et 130.

7 Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 4. Duranton, II, 452. Demolombe, IV, 129, Zachariæ, § 472, note 4. Civ. cass., 3 mai 1808, Sir., 8, 1, 310.

8 Demolombe, IV, 124. Zachariæ, *loc. cit.* Civ. cass., 21 avril 1828, Sir., 28, 1, 275. Toulouse, 19 mars 1833, Sir., 33, 2, 246. Grenoble, 10 mars 1848, Sir., 48, 2, 749.

9 Merlin, *op. et v° citt.*, § 7, n° 18 *bis*. Duranton, II, 456. Demolombe, IV, 125. Zachariæ, § 472, note 7. Civ. cass., 9 janvier 1822, Sir., 22, 1, 156.

10 Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2. Demolombe, IV, 127. Tambour, *Revue critique*, 1868, XXXII, p. 493 et 494. Zachariæ, § 472, note 12. Civ. cass., 21 janvier 1845, Sir., 45, 1, 366. Req. rej., 10 février 1851, Sir., 51, 1, 202 Civ. cass., 12 mai 1858, Sir., 58, 1, 720. Lyon, 4 avril 1867, Sir., 67, 2, 290. Cpr. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 24, 1, 360.

La nécessité de l'autorisation maritale s'applique même au cas où il s'agirait d'un procès lié antérieurement au mariage, en ce sens que si la cause n'est point encore en état au moment du mariage. la femme ne peut plus ultérieurement procéder sans être autorisée [11].

Par exception au principe posé dans l'art. 215, l'autorisation maritale n'est pas nécessaire à la femme pour défendre, soit à l'action du ministère public, qui la poursuit [12] à raison d'un délit de Droit criminel [13], soit à la demande en dommages-intérêts que la partie lésée par suite d'un délit de cette espèce, a formée accessoirement à la poursuite du ministère public [14]. Art. 216 et arg. de cet article.

11 Cpr. Code de procédure, art. 342 et suiv. Maleville, sur l'art. 215. Toullier, II, 620. Duranton, II, 437. Vazeille, II, 302. Demolombe, IV, 139. Zachariæ, § 472, texte et note 6. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Cpr. cep. Req. rej., 17 août 1831, Sir., 31, 1, 319.

12 Il en est autrement, lorsque la femme est poursuivante. Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VII, n° 18. Duranton, II, 454. Demolombe, IV, 140. Crim. cass., 1er juillet 1808, Sir., 8, 1, 528. — D'un autre côté, la femme qui, sur la poursuite dirigée contre elle par le ministère public, oppose une exception préjudicielle, a besoin d'autorisation pour faire statuer sur cette exception par les tribunaux civils. Civ. cass., 20 mai 1846, Sir., 46, 1, 550.

13 Ce mot, employé ici dans son acception étendue, comprend les contraventions, les délits proprement dits, et les crimes. Cpr. Code pénal, art. 1. Crim. cass., 24 février 1809, Sir., 10, 1, 192. Crim. cass., 20 janvier 1825, Dalloz, 1825, 1, 169.

14 Cette proposition se justifie par les termes mêmes de l'art. 216, et par le principe que le juge valablement saisi, quant au délinquant, de l'action publique, est aussi valablement saisi à son égard de l'action civile. La femme n'a donc pas plus besoin d'autorisation pour la seconde que pour la première : *Accessorium sequitur principale*. Voy. cep. en sens contraire : Zachariæ, § 472, texte et note 10. Mais, lorsque la femme est directement poursuivie par la partie lésée, soit devant un tribunal civil, soit même devant un tribunal de justice répressive, elle doit être pourvue de l'autorisation maritale : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. La distinction que nous établissons ainsi entre cette dernière hypothèse et celle qui est indiquée au texte, nous paraît être une conséquence de la faculté accordée à la partie lésée, de former sa demande en dommages-intérêts à l'audience même où se trouve portée l'action publique, et jusqu'au jugement de cette action. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 à 3, et 359. Cette faculté, en effet, se trouverait restreinte, et pourrait même devenir complétement illusoire, si, pour l'exercer, il était nécessaire d'assigner le mari aux fins d'autorisa-

En vertu d'une seconde exception, la femme est admise à présenter, sans autorisation, la requête préalable à une demande en séparation de corps ou de biens qu'elle se propose de former [15]. Cette exception semble devoir s'appliquer également à la requête présentée par la femme aux fins d'interdiction de son mari [16].

2° De l'autorisation requise en matière extrajudiciaire.

L'autorisation maritale, dont la femme doit être pourvue en matière extrajudiciaire, est exigée pour toute espèce d'actes juridiques, peu importe qu'il s'agisse d'actes d'aliénation ou d'acquisition, de disposition ou d'administration, d'actes à titre onéreux par lesquels la femme s'obligerait envers des tiers, ou d'actes à titre gratuit faits en sa faveur, et qui ne contiendraient aucune obligation de sa

tion. Tandis que, quand l'action civile est formée d'une manière principale, rien n'empêche la partie lésée d'assigner le mari en même temps que la femme. Cette distinction, que nous avions proposée dans nos premières éditions, a été adoptée par Marcadé (sur l'art. 216, n° 1). Quant à M. Demolombe (IV, 143), il pense que l'autorisation n'est pas même nécessaire dans le cas où la partie lésée saisit directement un tribunal de justice répressive de sa demande en dommages-intérêts. Mais cette manière de voir nous semble suffisamment réfutée par les considérations que nous venons de présenter, et par les motifs déjà déduits à la note 9 du § 109. Nous ajouterons que le mari peut avoir le plus grand intérêt, pour éviter un scandale judiciaire, à prendre des arrangements avec la partie qui se prétend lésée par un délit qu'elle impute à la femme, ce qui est assurément une considération grave pour justifier la nécessité de l'autorisation maritale dans l'hypothèse dont il s'agit. Cpr. au surplus sur cette question : Pothier, *op. cit.*, n° 60; *Exposé de motifs*, par Portalis (*Lég.*, IV, p. 523, n° 64); Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, sect. VII, n° 18; Vazeille, II, 311; Crim. rej., 31 mai 1816, Sir., 16, 1, 271.

15 Arg. Code de procédure, art. 865, 875 et 878. Toullier, II, 766. Duranton, II, 585. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n° 2. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 345. Demolombe, IV, 135. Zachariæ, § 472, texte n° 1, lett. *c* et *d*. Req. rej., 13 brumaire an XIV, Sir., 6, 1, 111. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., 18, 2, 190. Civ. rej., 15 juillet 1867, Sir., 67, 1, 315. — L'exception indiquée au texte s'applique même à l'hypothèse où la femme est mineure. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 8. Toullier, II, 767. Duranton et Favard, *locc. citt.* Bordeaux, 1er juillet 1806, Sir., 6, 2, 182.

16 Toulouse, 8 février 1823, Sir., 23, 2, 130. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 322; Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VII, n° 16; Demolombe, IV, 126.

part[17]. Art. 217[18]. Ainsi, par exemple, la femme ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner, à titre onéreux ou gratuit, ses biens meubles ou immeubles, constituer sur ses héritages des servitudes ou des hypothèques, faire une renonciation quelconque[19], effectuer ou recevoir un paiement, accepter une donation, un legs, ou une succession. Art. 776, 905 et 934.

La règle de l'autorisation maritale est étrangère aux obligations dont la validité n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de l'obligé[20]. Ainsi, la femme peut, indépendamment de l'autorisation du mari, se trouver valablement engagée, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui procède directement de la loi[21], ou d'un engagement qui prend sa source, soit dans le fait d'un tiers[22], soit dans

17 *Ne uxor turpem quæstum faciat. Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 397 et suiv., nº 35). Zachariæ, § 472, texte et note 14.

18 La règle que pose cet article, ne doit pas être restreinte aux actes juridiques qui s'y trouvent nominativement indiqués, plutôt par forme d'exemple que dans une intention restrictive. La combinaison de l'art. 217 avec les art. 220 à 224 et 226, ne peut laisser aucun doute à cet égard. Les exceptions consignées dans ces derniers articles témoignent hautement de la généralité de la règle établie par le premier. Demolombe, IV, 179.

19 Vazeille, II, 304. Demolombe, IV, 281. Zachariæ, § 472, texte et note 15. Req. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 356.

20 C'est sans doute pour qu'on ne pût tirer de l'art. 217 une conséquence contraire à la proposition énoncée au texte, que le Conseil d'État ne crut pas devoir obtempérer au vœu du Tribunat, qui demandait l'insertion, dans cet article, d'une disposition par laquelle on déclarât la femme incapable *de s'obliger* sans l'autorisation de son mari. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 458, nº 24).

21 Telle est l'obligation de gérer une tutelle, à laquelle la femme a été appelée, et de répondre, soit du défaut de gestion, soit de la mauvaise administration de cette tutelle. Cpr. art. 1370. Demolombe, IV, 176. — D'après Duranton (II, 500), qui fait encore dériver d'un quasi-contrat l'obligation dont nous nous occupons, la femme mariée ne se trouverait obligée comme tutrice, qu'autant qu'elle aurait accepté, avec l'autorisation de son mari, la tutelle qui lui a été déférée. Cet auteur a oublié que les obligations imposées par la délation d'une tutelle découlent de la loi seule, et qu'elles existent indépendamment de l'acceptation de la tutelle. Cpr. § 440, texte *in fine;* et § 441, note 3.

22 La femme, dont les affaires ont été utilement gérées par un tiers, est, en l'absence même d'autorisation maritale, soumise à toutes les obligations qu'impose le quasi-contrat de gestion d'affaires; elle n'est pas seulement engagée jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de la gestion, ainsi que l'en-

la *versio in rem* [23], soit enfin dans un délit ou un quasi-délit [24].

D'un autre côté, cette règle n'empêche pas que la femme ne puisse, sans l'autorisation de son mari, faire tous les actes et prendre toutes les mesures qui ont uniquement pour objet la conservation ou la sûreté de ses droits. Ainsi, elle n'a pas besoin d'autorisation pour requérir, soit les transcriptions prescrites par les art. 171 et 939, soit l'inscription de son hypothèque légale. Art. 940, 2139 et 2194.

Si cependant il s'agissait d'un acte conservatoire qui exigeât l'introduction d'une demande en justice, ou qui imposât quelque obligation à la femme, la règle dont s'agit deviendrait applicable. C'est ainsi que l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour exercer une surenchère sur les biens d'un tiers [25].

Enfin, il est des actes qui, d'après leur nature et le but de la règle de l'autorisation maritale, restent en dehors de sa sphère d'application. Ainsi, la femme peut, sans l'autorisation de son mari :

seignent à tort Delvincourt (I, p. 163) et Duranton (II, 497), qui confondent l'action *negotiorum gestorum contraria*, et l'action *de in rem verso*. Pothier, *op. cit.*, n° 50. Toullier, XI, 39. Demolombe, IV, 177. — La femme qui, sans autorisation de son mari, s'est immiscée dans les affaires d'autrui, ou a reçu un paiement qui ne lui était pas dû, est-elle tenue des obligations résultant des quasi-contrats de gestion d'affaires ou de réception du paiement de l'indu? Nous ne le pensons pas. Voy. § 441, note 1 ; § 442, texte et note 8. Demolombe, IV, 181 et 182.

23 Art. 1238, 1241, 1312 et arg. de ces articles. Pothier, n° 51. Delvincourt et Duranton, *locc. citt.* Toullier, II, 627 et 628. Zachariæ, § 472, texte et note 20. Civ. rej., 14 février 1826, Sir., 26. 1, 332. Civ. cass., 27 décembre 1843, Sir., 44. 1, 332. Req. rej., 12 mars 1844, Sir., 45, 1, 47. Bordeaux, 16 mars 1854, Sir., 54, 2, 694. Req. rej., 24 janvier 1855, Sir., 56, 1, 56.

24 Cpr. art. 1310. Delvincourt, I, p. 162. Duranton, II, 493. Demolombe, IV, 178. Zachariæ, § 472, texte et note 18. — Mais l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour fixer par transaction le montant des dommages-intérêts, dont elle peut être redevable à raison de son délit ou quasi-délit. Cpr. § 335, texte *in fine*, et note 23. Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1310, n° 8. Civ. cass., 15 février 1870, Sir., 70, 1, 212.

25 Voy. les autorités citées à la note 62 du § 294. Cpr. sur les conséquences qu'entraîne en pareil cas le défaut d'autorisation, texte n° 7, et note 107 *infra;* § 294, texte n° 2, notes 63 et 64. — Cpr. aussi, quant à la surenchère exercée par la femme séparée de biens sur les immeubles de son mari : § 294, note 62 *in fine*.

Faire un testament ou le révoquer (art. 226, 905, al. 2, et arg. art. 1096, al. 2);

Révoquer une donation entre-vifs qu'elle a faite à son mari pendant le mariage (art. 1096);

Reconnaître les enfants naturels qu'elle a procréés avant son mariage, soit avec son mari, soit avec tout autre [26];

Exercer, sur la personne des enfants, légitimes ou naturels, qu'elle a eus d'un autre que de son mari, tous les droits de la puissance paternelle, par exemple, donner son consentement à leur mariage, ou les émanciper [27].

La règle de l'autorisation maritale est susceptible d'être modifiée, ou restreinte dans son application, par l'effet des conventions matrimoniales, ou de la séparation de biens judiciaire. La femme, mariée sous le régime dotal, ou séparée de biens, soit conventionnellement, soit judiciairement, peut, sans l'autorisation de son mari, passer, relativement aux biens dont elle a la jouissance, tous les actes qui sont une conséquence du droit d'administrer que la loi lui reconnaît. Il en est de même de la femme qui, en se mariant sous le régime de la communauté, ou sous le régime simplement exclusif de communauté, s'est réservée la jouissance et l'administration d'une partie de sa fortune [28].

3° *Des cas dans lesquels l'autorisation du mari peut, ou doit, être remplacée par celle de la justice.*

a. Le mari est libre d'accorder ou de ne pas accorder l'autorisation qui lui est demandée. Mais la femme est admise à réclamer contre son refus. Et l'autorisation de la justice peut, en général, remplacer celle du mari refusant.

C'est ainsi que les tribunaux ont le pouvoir d'autoriser la femme à ester en justice sur une plainte en diffamation qu'elle a formée [29], et à contracter un engagement théâtral [30].

26 Cpr. § 568, texte n° 2, et note 10.

27 Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 10. Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 588. De Fréminville, *De la minorité*, II, 1031. Zachariæ, § 472, texte et note 29.

28 Cpr. art. 1449, 1534, 1536 et suiv.

29 Alger, 3 septembre 1866, Sir., 67, 2, 155.

30 Paris, 3 janvier 1868, Sir., 68, 2, 65.

Toutefois, et par exception à cette règle, on enseigne assez communément qu'il n'appartient pas à la justice d'autoriser la femme, au refus du mari, à faire le commerce [31].

Pour obtenir de la justice, l'autorisation que son mari lui refuse, la femme doit se pourvoir, dans les formes indiquées par l'art. 861 du Code de procédure civile [32], devant le tribunal du domicile conjugal. Art. 219. Ce tribunal peut, le mari entendu ou dûment appelé, donner, s'il l'estime convenable, l'autorisation demandée par la femme. Code de procédure, art. 862. Le jugement qui accorde ou refuse l'autorisation, doit être prononcé en audience publique, et non en chambre du conseil [33]. Ce jugement est susceptible d'appel.

Ces règles de compétence et ces formes de procéder s'appliquent, non-seulement en matière extra-judiciaire, mais encore en matière judiciaire, alors du moins que la femme est demanderesse. Celle-ci ne pourrait donc pas demander, par voie incidente, au tribunal saisi de la contestation, l'autorisation dont elle a besoin [34]. Il en est

[31] *Code de commerce*, art. 4. Pardessus, *Droit commercial*, I, 63. Marcadé, sur l'art. 220, n° 1. Chardon, *Puissance maritale*, n° 190. Demolombe, IV, 218. Nouguier, *Des tribunaux de commerce*, I, p. 257. Molinier, *Droit commercial*, n° 167. Massé, *Droit commercial*, II, 1113. Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 18 à 21. Bravard et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 93 et 94. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, I, 39. Demante, *Cours*, I, 302 *bis*, III et suiv. Bédarride, *Des commerçants*, n° 113. Cpr. cep. Paris, 24 octobre 1844, Sir., 44, 2, 581 ; Grenoble, 27 janvier 1863, Sir., 63, 2, 79. — Voy. encore d'autres exceptions : au § 510, texte n° 3, et note 26 ; et au § 537, texte n° 5 et note 92.

[32] Les dispositions de cet article ont dérogé à celles de l'art. 219 du Code civil, en ce que la femme ne peut pas directement assigner son mari. Elle doit, après lui avoir fait une sommation destinée à constater son refus, obtenir, du président du tribunal, la permission de le faire citer à la chambre du conseil.

[33] Req. rej., 1er mars 1858, Sir., 58, 1, 452. Civ. cass., 4 mai 1863, Sir., 63, 1, 424.

[34] *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n° 12). Proudhon, I, p. 469. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VIII, n° 2. Carré, *Lois de la procédure*, III, quest. 2909. Demolombe, IV, 250. Paris, 24 avril 1843, Sir., 43, 2, 264. — Il en serait cependant autrement, si le mari n'avait, en France, ni domicile ni résidence connus. Besançon, 20 mai 1864, Sir., 64, 2, 146.

ainsi, en instance d'appel, ou devant la Cour de cassation, comme en première instance [35].

Au contraire, lorsque la femme est défenderesse, les règles de compétence et les formes de procéder tracées par les art. 219 du Code civil, 861 et 862 du Code de procédure, ne sont plus applicables. C'est au demandeur qu'incombe, en pareil cas, l'obligation de faire autoriser la femme. Il lui suffit, à cet effet, en assignant celle-ci, d'assigner en même temps le mari aux fins d'autorisation, devant le tribunal auquel la contestation doit être soumise. Si ce dernier fait défaut ou refuse l'autorisation, elle s'accorde, sur les conclusions du demandeur, par le jugement qui statue sur la demande principale [36]. Art. 218.

b. En thèse générale, l'autorisation doit émaner du mari ; et ce n'est que sur le refus de ce dernier, que la justice peut donner à la femme, l'autorisation qui lui est nécessaire [37].

Mais il est des cas exceptionnels dans lesquels la justice est appelée à exercer, en place du mari, le droit d'autorisation.

Il en est ainsi, en premier lieu, lorsque, par suite de l'absence de ce dernier, la femme se trouve dans l'impossibilité de requérir son autorisation [38]. Art. 222 [39].

[35] Civ. rej., 27 mars 1846, Sir., 46, 1, 747. Lyon, 7 janvier 1848, Sir., 50, 2, 464. Bordeaux, 4 avril 1849, Sir., 50, 2, 463. Bordeaux, 3 mars, 24 mai et 11 août 1851, Sir., 51, 2, 424, 707 et 757. Voy. en sens contraire : Demolombe, IV, 262 et 263; Req. rej., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 211 ; Rouen, 29 décembre 1856, Sir., 57, 2, 134. Cpr. aussi : Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247.

[36] *Exposé de motifs* (Locré, *op. et loc. citt.*). Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VIII, n° 7. Demolombe, IV, 266 à 269. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. cass., 17 août 1813, Sir., 13, 1, 444. Req. rej., 16 janvier 1838, Sir., 38, 1, 225. Civ. cass., 5 avril 1840, Sir., 40, 1, 768. Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247. Orléans, 5 mars 1849, Sir., 49, 2, 638. Req. rej., 10 mars 1858, Sir., 58, 1, 449.

[37] Demolombe, IV, 212. Toulouse, 18 août 1827, Sir., 29, 2, 237.

[38] La forme à suivre, en pareil cas, pour obtenir l'autorisation, est celle que trace l'art. 863 du Code de procédure. Bordeaux, 13 janvier 1869, Sir., 69, 2, 212.

[39] D'après la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, IV, p. 399 et 400, n° 40), le mot *absent*, dont se sert l'art. 222, s'appliquerait au non-présent, comme à l'absent proprement dit. C'est aussi ce qu'enseignent la plupart des auteurs. Cpr. Maleville, I, p. 232 ; Toullier, II, 651 ; Duranton, II, 506; Demolombe, IV, 214. Voy. encore : Agen, 31 juillet 1806, Sir., 7, 2, 790. Tou-

Il en est ainsi, en second lieu, dans le cas où, pour cause d'incapacité personnelle, le mari se trouve privé du droit d'autorisation.

Le mari est incapable d'autoriser sa femme, en quelque matière, et pour quelque acte que ce soit, lorsqu'il est interdit, ou lorsque, sans être interdit, il est retenu dans une maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838 [40]. Art. 222 [41].

Le mari condamné, contradictoirement ou par contumace, à une peine afflictive, ou à la peine infâmante du bannissement, est, pendant la durée de sa peine ou durant l'état de contumace, frappé de la même incapacité [42]. Art. 221.

tefois, il a été jugé (Colmar, 31 juillet 1810, Sir., 11, 2, 206; Req. rej., 15 mars 1837, Sir., 37, 1, 547), et avec raison selon nous, que, si le mari est simplement éloigné de son domicile, sans que son existence soit incertaine, la femme ne peut se pourvoir, aux fins d'autorisation judiciaire, dans les formes indiquées par l'art. 863 du Code de procédure, mais qu'elle doit suivre, comme au cas de refus, les formes tracées par les art. 861 et 862 du même Code. En effet, quelle que soit l'acception que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu attribuer au mot *absent*, dans l'art. 222, on est forcé de reconnaître, d'après la rédaction restrictive de l'art. 863 du Code de procédure, qu'en traçant les formes à suivre pour obtenir l'autorisation du juge, les rédacteurs de ce dernier Code n'ont pas cru devoir assimiler le cas où le mari est simplement éloigné de son domicile, à celui où il est absent dans le sens propre de cette expression. Cpr. de Moly, *Traité des absents*, n°s 738 à 746; Marcadé, sur l'art. 222.

40 Suivant l'économie générale de cette loi, les personnes retenues dans un établissement d'aliénés, sont placées dans une position, sinon identique, du moins analogue à celle des interdits. Cpr. § 127 *bis*, texte n° 2, et note 33.

41 Cpr. sur la procédure à suivre par la femme qui veut, en pareil cas, se faire autoriser par justice : Code de procédure, art. 864; Poitiers, 17 juin 1846, Sir., 47, 2, 16. — La marche tracée par cet article doit, par voie d'analogie, être également adoptée, lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive, ou à la peine infâmante du bannissement.

42 Cpr. Code pénal, art. 7 et 8. — Après l'expiration de sa peine, le mari est relevé de cette incapacité, indépendamment de toute réhabilitation. L'opinion contraire, enseignée par Delvincourt (I, p. 164), et vers laquelle semble incliner Zachariæ (§ 472, texte et note 32), est formellement condamnée par le texte de l'art. 221, et par l'art. 34 du Code pénal, duquel il résulte, par arg. *a contrario*, que la dégradation civique n'entraîne pas, par elle-même, déchéance des droits qui découlent de la puissance maritale. Duranton, II, 507. Vazeille, II, 347. Valette, sur Proudhon, I, p. 470, note *a*. Demolombe, IV, 216. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 377. Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 303.

Le mineur est incapable d'autoriser sa femme, si ce n'est relativement aux affaires de la nature de celles qu'à raison de son émancipation, il peut traiter par lui-même, et sans l'assistance de son curateur [43]. Art. 224 [44].

Enfin, celui qui a été pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut autoriser sa femme quant aux actes qui rentrent dans la catégorie de ceux pour la validité desquels il doit être assisté de son conseil [45]. Arg. art. 222 et 224.

Du reste, rien n'empêche que le mari n'autorise valablement sa femme, soit à passer avec des tiers des actes à la conclusion desquels il serait personnellement intéressé [46], soit à traiter avec lui-

[43] Cette exception, que l'art. 224 ne rappelle pas expressément, résulte du principe même sur lequel repose la disposition de cet article. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 524, n° 68). Delvincourt, I, p. 183. Toullier, II, 653. Zachariæ, § 472, texte et note 31. Au surplus, la question n'est pas aussi importante qu'on pourrait le croire, puisque la capacité du mineur émancipé est, en général, restreinte aux actes d'administration, et que, pour la passation de ces actes, la femme qui jouit de l'administration de ses biens, n'a besoin d'aucune autorisation. Cpr. Duranton, II, 504 et 505; Vazeille, II, 349; Demolombe, III, 221.

[44] C'est encore dans les formes indiquées par l'art. 864 du Code de procédure que la femme doit, en pareil cas, se pourvoir aux fins d'autorisation judiciaire. Carré, *Lois de la procédure civile*, III, quest. 2925. Cependant, le juge fera bien de ne statuer sur la demande de la femme, que le mari entendu ou dûment appelé. Toullier, II, 653. Vazeille, II, 348. Carré, *op. et loc. citt.* Demolombe, IV, 253. Zachariæ, *loc. cit.*

[45] Cpr. art. 499 et 513; § 139. Comment, en effet, le mari pourrait-il autoriser sa femme à passer un acte qu'il est lui-même incapable de faire? *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 524, n° 68). Demolombe, IV, 226. Zachariæ, § 472, note 33. Civ. cass., 11 août 1840, Sir., 40, 1, 858. Rennes, 7 décembre 1840, Sir., 41, 2, 423. Bordeaux, 16 juin 1869, Sir., 69, 2, 316. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, II, 506. — D'après M. Magnin (*Des minorités*, I, 909), dont l'opinion a été adoptée par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 27 août 1833 (Sir., 33, 2, 562), le mari, pourvu d'un conseil judiciaire, ne serait pas absolument incapable d'autoriser sa femme ; mais il ne pourrait le faire qu'avec l'assistance de son conseil. Cpr. aussi : Paris, 13 novembre 1866, Sir., 67, 2, 324. Cette opinion intermédiaire nous paraît contraire à l'esprit général de notre législation, qui veut que la femme soit autorisée par la justice, lorsque son mari est incapable de l'autoriser lui-même.

[46] Cpr. art. 1419 et 1431 ; et la note suivante. Duranton, II, 471. Vazeille, II, 360. Demolombe, IV, 232. Gênes, 30 août 1811, Sir., 12, 2, 181. Civ. cass., 13 octobre 1812, Sir., 13, 1, 143. — Il en est ainsi, même dans les cas prévus par l'art. 1427 : cet article n'exige l'autorisation de justice qu'à défaut de celle du mari. Duranton, II, 472. Civ. rej., 8 novembre 1814, Sir., 15, 1, 113.

même des affaires dans lesquelles les deux époux figureraient seuls comme parties [47]. Le mari peut donc autoriser sa femme à conclure avec lui un contrat de vente, dans les cas indiqués par l'art. 1595 [48], et à accepter un mandat qu'il lui confère [49].

4° Des conditions auxquelles se trouvent subordonnées la validité et l'efficacité d l'autorisation maritale.

a. L'autorisation maritale n'est pas à considérer comme une formalité nécessaire à la validité extrinsèque des actes de procé-

47 Le législateur n'a pas, dans la matière qui nous occupe, pris en considération les intérêts individuels de la femme. Si les droits du mari ont été respectés, si les intérêts matrimoniaux ont été garantis, le but de la loi est atteint. Cpr. note 5 *supra*. La maxime *Nemo potest esse auctor in rem suam*, est donc inapplicable à l'autorisation maritale. Pothier, *op. cit.*, n° 42. Delvincourt, I, p. 159. Marcadé, sur l'art. 224, n° 2. Demolombe, IV, 234 à 236. Zachariæ, § 472, texte et note 35. Nîmes, 9 février 1842, Sir., 46, 1, 604. Grenoble, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 627. Cpr. cep. Req. rej., 14 février 1810, Sir., 10, 1, 189. D'après Duranton, (II, 471 à 473), il faudrait, en distinguant les affaires qui se traitent uniquement entre les deux époux, des actes que la femme passe avec des tiers dans l'intérêt de son mari, appliquer aux premières la maxime ci-dessus citée. Mais cette distinction, que le savant auteur paraît avoir puisée dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 1812, rappelé à la note précédente, est complétement arbitraire, puisqu'elle ne résulte, ni de la lettre, ni de l'esprit de la loi, et que le motif même sur lequel on paraît l'appuyer, n'est rien moins que concluant. La femme court tout autant de dangers, lorsqu'elle traite avec des tiers dans l'intérêt de son mari, que quand elle contracte avec ce dernier personnellement. Si donc l'autorisation maritale était requise en faveur de la femme, le mari devrait, tout aussi bien dans le premier cas, que dans le second, être privé du droit de la donner. Cpr. le décret du 17 mai 1809, qui permet à la femme de constituer un majorat en faveur de son mari, avec l'autorisatien de ce dernier ; et la note suivante.

48 Duranton (II, 473) adopte, par exception au principe général qu'il pose, notre manière de voir sur ce point. En admettant arbitrairement cette exception, cet auteur se réfute lui-même.

49 Si la femme, mariée sous le régime de la communauté, n'est pas tenue envers son mari, qui lui a confié l'administration de ses affaires personnelles ou la gestion de celles de la communauté, de toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire, ce n'est point en vertu de la règle *Nemo potest esse auctor in rem suam*, c'est parce que le mari ne peut se soustraire aux conséquences qu'entraine pour lui, sa qualité de chef de la communauté, et que la femme ne peut renoncer aux garanties que la loi lui accorde à ce sujet. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *c*.

dure ou des autres actes juridiques dans lesquels la femme est partie. Elle n'est exigée que comme manifestation de l'approbation donnée par le mari aux affaires que la femme ne peut traiter à elle seule, à raison de l'incapacité dont elle se trouve frappée [50]. La validité de l'autorisation maritale n'est donc subordonnée qu'aux conditions requises pour la validité de tout consentement en général; et, par suite, cette autorisation peut être donnée, soit expressément, soit tacitement [51]. Art. 217 et arg. de cet article.

L'autorisation expresse peut, elle-même, être écrite ou verbale [52].

50 Suivant la jurisprudence admise dans la plupart des pays coutumiers, l'autorisation maritale devait être expresse en matière extrajudiciaire : elle était requise *ad formam negotii*, et s'appréciait, assez ordinairement, d'après l'analogie des dispositions qui régissent, en Droit romain, l'autorisation tutélaire. Cpr. § 2, *Inst. de auct. tut.* (1, 21); Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI. Les rédacteurs du Code Napoléon sont partis d'un tout autre point de vue. Ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que par l'art. 217, ils ont admis comme suffisante, l'autorisation tacite résultant du concours du mari dans l'acte juridique passé par la femme, et que, d'ailleurs, ils se sont indifféremment servis des expressions *autorisation* et *consentement*, pour désigner l'approbation donnée par le mari aux affaires traitées par la femme. Voy. art. 217, 934, 1426, 1449, 1535 et 1538 cbn. art. 215 à 226, 776 et 1576 ; Code de commerce, art. 4 cbn. art. 5. Cpr. Toullier, II, 618; Demolombe, IV, 190; Req. rej., 14 novembre 1820, Sir., 21, 1, 312. C'est donc à tort que quelques commentateurs se sont, dans l'interprétation des dispositions du Code sur l'autorisation maritale, attachés aux idées reçues sur cette matière dans le Droit coutumier. Cpr. note 118 *infra*.

51 Toullier, II, 663. Proudhon, II, p. 466. Demolombe, IV, 192. Zachariæ, texte et note 40 *bis*. Req. rej., 20 novembre 1865, Sir., 66, 1, 14.

52 Nous fondons cette proposition, d'une part, sur ce que le consentement du mari à l'acte passé par la femme vaut autorisation, et, d'autre part, sur ce que le consentement n'est, en général, soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque. Les expressions finales de l'art. 217 ne contrarient pas notre manière de voir, car elles sont plutôt explicatives que restrictives, au point de vue qui nous occupe en ce moment. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler que la plupart des coutumes ne se contentaient pas d'une autorisation tacite, mais exigeaient une autorisation expresse, et que c'est principalement dans le but de déroger aux dispositions de ces coutumes, que les rédacteurs du Code ont inséré, dans l'art. 217, les mots *sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit,* voulant surtout exprimer par là, que le concours du mari, c'est-à-dire une autorisation tacite, équivaut à son consentement par écrit, c'est-à-dire à une autorisation expresse. Enfin, l'on ne concevrait pas que, tout en admettant l'autorisation tacite, le législateur eût voulu rejeter l'autorisation expresse qui n'aurait pas été donnée par écrit. Zachariæ, § 472, note 40. Cpr. Paris, 28 juin 1851, Sir., 51, 2, 337.

Mais, en général, la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir l'existence d'une autorisation verbale, lors même qu'on prétendrait qu'elle est intervenue à l'occasion d'un acte juridique d'une valeur inférieure à 150 fr. [53].

Du reste, l'autorisation peut être donnée par acte sous seing privé, même dans le cas où l'acte juridique que la femme se proposerait de passer, devrait, pour sa validité, être constaté par un acte authentique [54].

L'autorisation tacite est, d'après une présomption légale qui n'admet point de preuve contraire [55], attachée au concours du mari dans l'acte passé par la femme, peu importe que les intérêts des époux soient identiques ou opposés [56]. Art. 217. Mais le concours d'un mandataire du mari n'équivaut pas au concours personnel de celui-ci, lorsque la procuration ne renferme, ni autorisation directe, ni pouvoir au mandataire d'autoriser la femme [57].

Il n'est pas absolument nécessaire que le mari ait personnellement figuré dans l'acte passé par la femme, pour qu'il puisse être considéré comme l'ayant tacitement autorisé. Une pareille autorisation résulterait suffisamment de faits qui établiraient, d'une ma-

[53] Si le législateur, en demandant, dans l'art. 217, *un consentement par écrit*, n'a point eu pour but d'exiger l'écriture comme une condition de forme, nécessaire à la validité de l'autorisation, il paraît du moins avoir voulu proscrire, quelle que fût l'importance de l'acte juridique passé par la femme, la preuve testimoniale d'une autorisation qu'on prétendrait avoir été donnée verbalement. Demolombe, IV, 193.

[54] Duranton, II, 446. Demolombe, IV, 194. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Req. rej., 1er décembre 1846, Sir., 47, 1, 289. Cet arrêt juge que l'autorisation nécessaire à la femme pour faire une donation entre-vifs, doit être donnée par acte authentique, sur le fondement que cette autorisation constitue un des éléments de la donation. Mais ce motif ne nous paraît pas concluant : l'autorisation maritale, nécessaire pour compléter la capacité de la femme, est sans doute une des conditions intrinsèques de la validité de la donation ; mais, à notre avis, on ne peut la considérer comme un des éléments de la forme de cette dernière. D'ailleurs, l'art. 217, qui s'occupe spécialement des donations à faire par la femme, se contente pour ces actes, comme pour les actes à titre onéreux, du consentement par écrit du mari. Voy. aussi : art. 934 cbn. 933.

[55] Cpr. Civ. cass., 22 mars 1831, Sir., 31, 1, 119.

[56] *Lex non distinguit*. Cpr. texte n° 3, lett. *b*, et notes 46 à 49 *supra*. Demolombe, IV, 196. Voy. cep. Douai, 3 août 1846, Sir., 46, 2, 512.

[57] Civ. rej., 19 avril 1843, Sir., 43, 1, 393.

nière non équivoque, la participation du mari à cet acte, et sa volonté de l'approuver [58].

Ainsi, par exemple, le mari, qui tire une lettre de change sur sa femme, l'autorise, par cela même, à l'accepter [59]. Ainsi encore, la femme est tacitement autorisée à ester en justice, lorsque le mari intente une action contre elle [60], ou lorsque, sur l'action introduite, soit par les deux époux, soit contre eux, le mari figure, conjointement avec sa femme, dans les actes de la procédure [61].

D'un autre côté, la femme qui se livre au commerce au vu et au su de son mari, sans opposition de la part de ce dernier, est, par

[58] L'art. 217 ne doit pas plus, en ce qui concerne l'autorisation tacite, que relativement à l'autorisation expresse, être interprêté d'une manière restrictive. Si le concours du mari emporte nécessairement autorisation, il ne s'ensuit pas que l'autorisation ne puisse résulter d'autres faits également concluants, dont l'appréciation doit être abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Cpr. Grenoble, 14 janvier 1830, Sir., 30, 2, 305 ; Bourges, 9 juillet 1831, Sir., 32, 2, 447; Paris, 14 mai 1846, Sir., 46, 2, 299 ; Paris, 23 février 1849, Sir., 49, 2, 145 ; Paris, 23 août 1851, Sir., 51, 2, 517; Paris, 9 juin 1857, Sir., 57, 2, 755. Voy. cep. Marcadé, II, sur l'art. 217, n° 4 ; Demolomce, IV, 197; Civ. cass., 26 juin 1839, Sir., 30, 1, 878. — Nous ferons remarquer que M. Demolombe, en rejetant toute autorisation tacite qui ne résulterait pas du concours du mari dans l'acte, admet cependant l'existence d'une pareille autorisation pour des cas où il est impossible de reconnaître le concours du mari dans l'acte passé par la femme, et oú on ne rencontre de sa part qu'une simple participation à cet acte. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque le mari tire une lettre de change sur sa femme, ou intente une action contre elle. On ne peut dire, en effet, que le mari concoure *dans* l'acte d'acceptation de la femme, ou *dans* les actes de procédure faits à sa requête.

[59] Duranton, II, 518, note 2. Demolombe, IV, 196. Zachariæ, § 472, texte et note 43. Caen, 2 août 1814, Sir., 14, 2, 399. Paris, 2 février 1830, Sir., 30, 2, 173. Cpr. Civ. rej., 17 janvier 1870, Sir., 70, 1, 217.

[60] *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n° 12). Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII, n° 16. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 472, note 5. Nancy, 24 avril 1811, Sir., 12, 2, 443. Colmar, 14 janvier 1812, Sir., 12, 2, 442. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., 18, 2, 190.

[61] Pothier, *op. cit.*, n° 75. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI, § 1. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 462, texte et note 42. Turin, 20 messidor an XIII, Sir., 7, 2, 790. Req. rej., 10 juillet 1811, Sir., 11, 1, 344. Montpellier, 2 janvier 1811, Sir., 14, 2, 211. Civ. cass., 22 avril 1828, Sir., 28, 1, 208. Grenoble, 21 février 1832, Sir., 33, 2, 28. Req. rej., 3 juin 1835, Sir., 35, 1, 880.

cela même, tacitement autorisée à exercer la profession de marchande publique [62].

Le seul fait que la femme aurait donné une déclaration de cautionnement au bas d'un billet souscrit par son mari, ne prouverait pas, d'une manière suffisante, le concours ou la participation du mari à cet engagement [63].

Du reste, lorsque la femme a été réellement autorisée, il n'est pas nécessaire qu'elle déclare agir en vertu de l'autorisation qui lui a été donnée [64].

b. L'autorisation n'est efficace qu'à la condition d'être spéciale [65], c'est-à-dire d'être donnée séparément, pour chaque procès, pour chaque acte juridique, que la femme se propose de soutenir ou de passer. Arg. art. 215, 220, 223 et 1538.

Il résulte de cette règle, que l'autorisation de faire des actes juridiques déterminés seulement par leur nature, sans que les objets ou les sommes sur lesquels ils devront porter, soient spécifiés ou limitées, ne serait pas suffisamment spéciale [66].

62 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVII, p. 151 et suiv., n° 4, p. 158 et suiv., n°s 2 à 5). Toullier, XII, 241. Duranton, II, 475. Demolombe, IV, 197 et 198. Zachariæ, § 472, texte et note 26. Req. rej., 14 novembre 1820, Sir., 21, 1, 312. Req. rej., 1er mars 1826, Sir., 26, 1, 323. Req. rej., 27 mars 1832, Sir., 32, 1, 366. Paris, 5 mars 1835, Sir., 35, 2, 137. Req. rej., 27 avril 1841, Sir., 41, 1, 385.

63 Riom, 2 février 1810, Sir., 14, 2, 99. Cpr. Civ. cass., 2 avril 1829, Sir., 29, 1, 439.

64 Toullier, qui enseigne l'opinion contraire (II, 647), en se fondant sur l'autorité de Pothier (*op. cit.*, n° 74) et de Lebrun (*op. et loc. citt.*, sect, IV, n° 17), a perdu de vue que l'autorisation maritale n'est plus aujourd'hui requise *ad formam negotii*. Demolombe, IV, 195.

65 Une autorisation générale emporterait renonciation implicite aux droits de la puissance maritale, renonciation qui n'est pas même permise par contrat de mariage. Art. 1388.

66 C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si la femme avait été autorisée, d'une manière indéterminée ou illimitée, soit à aliéner ou à hypothéquer ses immeubles, soit à contracter des emprunts. Metz, 31 janvier 1850, Sir., 52, 2, 399. Caen, 27 janvier 1851, Sir., 51, 2, 428. Voy. en sens contraire : Paris, 12 décembre 1829, Sir., 30, 2, 322. — Suivant M. Demolombe, il faudrait aller plus loin encore, et ne reconnaître comme suffisamment spéciale, que l'autorisation qui aurait été donnée en vue d'un acte à passer à une époque déterminée, et après examen des principales conditions de cet acte. Mais, en émettant cette opinion, notre savant collègue nous paraît exagérer les exigences de la loi, et dépasser le but qu'elle a voulu atteindre en prescrivant l'autorisation générale.

Il en ressort également que, si la femme avait donné à son mari, le mandat de passer des actes juridiques, sans spécification des objets ou sans limitation des sommes sur lesquels ils devront porter, l'autorisation tacite résultant de l'acceptation de ce mandat par le mari, ne serait pas efficace faute de spécialité suffisante [67].

Au surplus, rien n'empêche que, par un même acte instrumentaire, le mari n'autorise sa femme à faire plusieurs actes juridiques spécialement désignés [68].

La spécialité de l'autorisation est indispensable dans le cas même où la femme a conservé, soit d'après les dispositions de la loi, relatives au régime sous lequel elle s'est mariée, soit en vertu d'une clause de son contrat de mariage, la jouissance et l'administration de tout ou partie de sa fortune. Bien qu'elle n'ait pas, en pareil cas, besoin de l'autorisation de son mari, quant aux actes qui sont une conséquence de son droit d'administration, elle n'en doit pas moins, en ce qui concerne tous autres actes, être autorisée pour chacun d'eux en particulier, sans que, par une stipulation contraire insérée au contrat de mariage, elle puisse, relativement à tel ou tel de ces actes, se soustraire à la nécessité d'une autorisation spéciale [69]. Art. 223 cbn. 1538.

[67] En vain dirait-on qu'un pareil mandat est un mandat spécial dans le sens de l'article 1987. Cela est vrai ; mais autre chose est la spécialité du mandat, autre chose la spécialité de l'autorisation nécessaire à la femme pour conférer un mandat. Le caractère de spécialité doit s'apprécier *secundum subjectam materiam,* c'est-à-dire selon l'esprit des dispositions législatives qu'il s'agit d'appliquer. Demolombe, IV, 210. Pont, *Des petits contrats,* I, 906. Zachariæ, § 472, texte et note 45 *bis*. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 201. Req. rej., 19 mai 1841, Sir., 41, 1, 60. Civ. cass., 18 juin 1844, Sir., 44, 1, 492. Bordeaux, 9 décembre 1847, Sir., 48, 2, 537. Civ. rej., 15 février 1853, Sir., 53, 1, 145. Civ. cass., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 572. Voy. cep. Chambéry, 18 février 1861, Sir., 61, 2, 282. Quelques-uns des arrêts que nous venons de citer en faveur de notre opinion, sont principalement fondés sur l'art. 1987 et les règles du mandat. Mais, à notre avis, ce sont bien moins ces règles, que celles de l'autorisation maritale, qui doivent servir de solution à la question.

[68] Zachariæ, § 472, note 46 *in principio*. Cpr. aussi : Req. rej., 10 novembre 1862, Sir., 63, 1, 145.

[69] Cette manière d'entendre l'art. 223 nous paraît ressortir de sa combinaison avec les art. 1428, 1449, 1531, 1534, 1536, 1576, et surtout avec l'art. 1538. Lorsque le mari est, en vertu du régime sous lequel les époux se trouvent placés, chargé de l'administration de tout ou partie des biens de la femme, et qu'il donne à celle-ci, le pouvoir de faire un ou plusieurs actes relatifs à cette

Par exception à la règle ci-dessus posée, la femme qui exerce, du consentement de son mari [70], la profession de marchande publique [71], peut, sans autorisation spéciale, faire tous les actes

administration, ce pouvoir constitue un mandat, et non une autorisation (*hoc sensu*). Dès lors l'art. 223 est étranger à cette hypothèse, qui se trouve régie par les principes du mandat. Toullier, II, 644. Duranton, II, 448. D'un autre côté, la femme qui, en vertu de son contrat de mariage, ou par suite d'une séparation de biens judiciaire, a conservé ou repris l'administration de tout ou partie de ses biens, jouit, *ipso jure*, du droit de faire, sans l'autorisation de son mari, tous les actes rentrant dans la classe de ceux qui, d'après les art. 1449, 1534, 1536 et 1576, sont une conséquence de son droit d'administration. Ainsi, il ne peut, en pareil cas, être question d'autorisation, soit générale, soit spéciale : la loi n'en exige aucune. Quelle est donc, en définitive, l'hypothèse à laquelle s'applique l'art. 223, et quel est le but de cet article ? Il suppose que la femme se trouve valablement investie du droit d'administrer tout ou partie de ses biens ; et il a pour objet de proscrire, même dans cette hypothèse, toute convention matrimoniale par laquelle le mari donnerait à la femme, l'autorisation générale de passer des actes qu'elle n'aurait pas le pouvoir de faire en vertu de son droit d'administration. Zachariæ, § 472, note 46. Civ. cass., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 315. — *Quid* si le contrat de mariage renfermait autorisation pour la femme de vendre un immeuble déterminé ? Voy. Req. rej., 14 décembre 1840, Sir., 40, 1, 954.

70 La justice peut-elle, en cas d'absence ou d'incapacité du mari, autoriser la femme à faire le commerce ? Cette question, assez délicate, nous paraît devoir être résolue négativement, tant d'après la combinaison des art. 4 et 5 du Code de commerce avec les art. 218, 219, 220, 222 et 224 du Code Napoléon, que d'après l'ensemble de la discussion à laquelle a donné lieu, au Conseil d'Etat, le principe posé dans le premier de ces articles. Cpr. Locré, *Lég.*, XVII, p. 132 et suiv., nos 2 à 4 ; p. 151 et suiv., no 4 ; p. 158 et suiv., nos 2 et 3. Si cependant on voulait admettre que le juge peut, en cas d'absence ou d'incapacité du mari, autoriser la femme à faire le commerce, on serait toujours forcé de reconnaître que la femme, ainsi autorisée, n'engagerait, ni les biens du mari, ni même ceux de la communauté. Arg. art. 220 ; Code de commerce, art. 5. Cpr. Duranton, II, 477 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, 813 ; Marcadé, sur l'art. 220, no 2 ; Demolombe, IV, 320.

71 Il n'est pas nécessaire, pour qu'une femme soit marchande publique, qu'elle tienne boutique ouverte ; il suffit qu'elle fasse habituellement des actes de commerce. Code de commerce, art. 1. Zachariæ, § 472, note 21. Paris, 21 novembre 1812, Sir., 13, 2, 269. — Mais la femme n'est pas marchande publique, lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Art. 220, al. 2. Code de commerce, art. 5, al. 2. Elle n'est, en pareil cas, que mandataire de ce dernier. Ce n'est donc pas, d'après les principes de l'autorisation maritale, mais d'après ceux du mandat, que se déterminent l'étendue de ses pouvoirs et les effets de ses actes. Cpr. aussi : Req. rej., 3 août 1859, Sir., 59, 1, 801.

relatifs à son commerce[72], et même hypothéquer ou aliéner, pour ses affaires commerciales[73], ses immeubles, autres que ceux qui ont été constitués en dot sous le régime dotal. Art. 220 cbn. Code de commerce, art. 4, 5 et 7.

Mais, conformément à la règle générale, la femme, marchande publique, ne peut, sans autorisation spéciale, ester en justice, même dans les contestations relatives à son commerce. Art. 215.

5° *De l'étendue de l'autorisation, et de la faculté de la révoquer.*

a. L'étendue de l'autorisation accordée à la femme, soit par son mari, soit par la justice, s'apprécie d'après les termes dans lesquels elle a été donnée, expliqués, en cas d'obscurité ou d'ambiguité, suivant les règles ordinaires de l'interprétation[74].

Toutefois, l'autorisation ne doit pas être strictement renfermée dans les limites que semblent lui assigner les termes dont on s'est

[72] Cpr. Code de commerce, art. 632, 633 et 638, al. 2 ; Toullier, XII, 248 à 250 ; Vazeille, II, 332 ; Demolombe, IV, 295 à 299. — Mais une autorisation spéciale lui est nécessaire pour tous les actes autres que des actes de commerce. Ainsi, elle ne peut, sans une pareille autorisation, ni contracter une société, même commerciale (Lyon, 28 juin 1866, Sir., 67, 2, 146), ni céder une indemnité d'expropriation (Paris, 10 mars 1868, Sir., 68, 2, 114).

[73] Et non pour ses autres affaires. L'art. 7 du Code de commerce n'est qu'une conséquence du principe posé par l'art. 5 du même Code. La capacité que le premier de ces articles confère à la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, doit donc être restreinte dans les limites indiquées par le second. Toullier, XII, 251. Cpr. Req. rej., 8 septembre 1814, Sir., 15, 1, 39. — Est-ce au créancier ou à l'acquéreur qui défend la validité de la constitution hypothécaire ou de la vente, à justifier qu'elle a eu lieu pour le commerce de la femme, ou bien est-ce à la personne qui attaque le contrat, à établir le contraire? La dernière opinion nous paraît préférable : la présomption est, en effet, que le commerçant qui hypothèque ou qui aliéne ses immeubles, cherche à se procurer, par ces moyens, les fonds dont il a besoin pour son commerce. Code de commerce, art. 632, al. 7, cbn. 638, al. 2, et arg. de cet article. Mais cette présomption peut être combattue par toute espèce de preuves contraires. Cpr. en sens divers sur cette question : Toullier, XII, 249-252 ; Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, I, p. 263 ; Delvincourt, I, p. 167 ; Duranton, II, 483 ; Marcadé, sur l'art. 220, n° 3 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 460, note *a*, II ; Demolombe, IV, 300 et 302 ; Zachariæ, § 472, note 23.

[74] Zachariæ, § 472, texte et note 47.

servi pour l'accorder. Elle s'étend virtuellement aux antécédents et aux suites nécessaires de l'affaire pour laquelle elle a été donnée [75].

Ainsi, la femme autorisée à former une demande en justice, est, par cela même, suffisamment autorisée à tenter la conciliation préalable à l'introduction de la demande [76].

Ainsi encore, la femme à laquelle a été donnée l'autorisation de plaider, est censée avoir reçu celle d'acquiescer au jugement rendu contre elle [77].

A plus forte raison, une pareille autorisation est-elle suffisante pour habiliter la femme à faire exécuter le jugement rendu à son profit [78]. Spécialement, la femme autorisée à demander la séparation de biens, est virtuellement autorisée à poursuivre l'exécution du jugement qui l'a prononcée [79], à introduire, à cet effet, toute action pour le recouvrement de sa dot et de ses reprises [80], et même à former, dans ce but, une surenchère sur les biens vendus par le mari, ou expropriés contre lui [81].

Enfin, la femme autorisée à introduire une demande ou à interjeter appel d'un jugement, l'est, par cela même, à former opposition au jugement ou à l'arrêt par défaut, rendu contre elle [82].

Mais la femme autorisée, soit à former une action, soit à défendre à une demande dirigée contre elle, ne l'est pas, du moins en général, à attaquer ou à soutenir en instance d'appel le juge-

75 Qui veut la fin, veut les moyens ; qui approuve la cause, approuve les effets. Demolombe, IV, 291, 292 et 294. Cpr. Poitiers, 28 février 1834, Sir., 34, 2, 167 ; Civ. rej., 20 juillet 1835, Sir., 35, 1, 610 ; Civ. rej., 20 juin 1842, Sir., 42, 1, 975 ; Civ. cass., 21 janvier 1854, Sir., 54, 1, 127. Voy. aussi : § 386, texte n° 1, *in fine*, et note 24.

76 Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 4. Duranton, II, 452. Demolombe, IV, 291. Zachariæ, § 472, note 4. Civ. cass., 3 mai 1808, Sir., 8, 1, 310.

77 Req. rej., 7 décembre 1863, Sir., 64, 1, 12.

78 Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VIII, n° 4.

79 Demolombe, IV, 292. Poitiers, 4 mars 1830, Dalloz, 1830, 2, 282. Nîmes, 12 juillet 1831, Sir., 31, 2, 220. Req. rej., 11 avril 1842, Sir., 42, 1, 315.

80 Riom, 27 mai 1867, Sir., 69, 1, 300.

81 Voy. les autorités citées à la note 62 *in fine* du § 294.

82 Demolombe, IV, 287. Montpellier, 6 mai 1828, Sir., 29, 2, 18.

ment rendu en première instance[83]; et la femme autorisée à ester en instance d'appel, ne l'est pas, par cela seul, à se pourvoir en cassation, ou à défendre au pourvoi formé contre elle [84].

Toutefois, la femme autorisée, conformément à l'art. 878 du Code de procédure, à procéder sur une demande en séparation de biens, n'a pas besoin d'une autorisation nouvelle pour interjeter appel du jugement qui a rejeté sa demande [85].

b. Le mari a la faculté de révoquer l'autorisation par lui accordée, aussi longtemps que l'affaire à l'occasion de laquelle il l'a donnée, n'est pas consommée [86].

Il jouit de la même faculté en ce qui concerne l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire le commerce. Mais si la révocation était faite d'une manière arbitraire et à contre-temps, il appartiendrait aux tribunaux de la déclarer sans effet [87].

Le mari peut révoquer l'autorisation accordée par la justice à raison de son absence ou de son incapacité, qui depuis aurait

83 Delvincourt, I, p. 157. Duranton, II, 459. Chardon, *Puissance maritale*, n° 103. Taulier, I, 345. Mimerel, *Revue critique*, 1858, XII, p. 111, n° 3, Aix, 3 mai 1827, Sir., 28, 2, 346. Civ. cass., 5 août 1840, Sir., 40, 1, 768 à 770. Civ. cass., 31 mai 1841, Sir., 41, 1, 315. Civ. cass., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 356. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Civ. cass., 18 août 1857, Sir., 59, 1, 253. Voy. en sens contraire : Magnin, *Des minorités*. II, 1401 ; Poitiers, 21 mars 1827, Sir., 28, 2, 22 ; Riom, 30 mars 1839, Sir., 39, 2, 513. Cpr. aussi : Demolombe, IV, 285 à 287, et 290 ; Req. rej., 15 mars 1848, Sir., 48, 1, 285 ; Rouen, 29 février 1856, Sir., 57, 2, 734. L'auteur cité en dernier lieu soumet la solution à diverses distinctions. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1848, il a jugé que la femme demanderesse, dûment autorisée en première instance, n'a pas besoin de nouvelle autorisation, lorsqu'elle est intimée en appel.

84 Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 460. Civ. cass., 25 mars 1812, Sir., 12, 1, 317. Civ. rej., 14 juillet 1819, Sir., 19, 2, 407. Cpr. Civ. cass., 2 août 1820, Sir., 21, 1, 35. Voy. cep. Demolombe, IV, 288 et 290.

85 Req. rej., 23 novembre 1864, Sir., 65, 1, 320.

86 Toullier, XII, 257. Demolombe, IV, 322. Zachariæ, § 472, texte et note 47 *bis*.

87 Ces deux propositions ressortent nettement de la discussion au Conseil d'Etat sur l'art. 5 du Code de commerce (Locré, *Lég.*, XVII, p. 51 et suiv., n° 4). Cpr. Toullier, XII, 257 à 259 ; Demolombe, IV, 323.



cessé, aussi bien que celle qu'il a lui-même donnée [88]. Mais il n'est pas admis à révoquer l'autorisation donnée par la justice sur son refus ; il devrait, pour en arrêter l'effet, et la faire rapporter le cas échéant, se pourvoir par appel contre le jugement qui a autorisé la femme [89].

En aucun cas, la révocation ne peut porter atteinte aux droits acquis à des tiers, soit avant la révocation, soit même après, lorsqu'ils n'en ont point obtenu connaissance [90].

6° *Des effets de l'autorisation.*

Les effets de l'autorisation doivent être envisagés séparément, en ce qui concerne la femme, et en ce qui concerne le mari.

La femme mariée, autorisée, soit par son mari, soit par la justice, est, quant à sa capacité personnelle, à assimiler à une femme non mariée. Elle ne peut donc attaquer un acte juridique, sous prétexte que l'autorisation en vertu de laquelle elle l'a passé, lui a été accordée contrairement à ses intérêts [91].

Le mari n'est point, à raison de l'autorisation qu'il a donnée, et encore moins à raison de celle que le juge a accordée, obligé envers les tiers avec lesquels la femme a contracté ou plaidé [92].

[88] La justice ne faisant, en pareilles circonstances, que remplacer le mari, nous pensons que la révocation peut avoir lieu par un simple acte extrajudiciaire, sauf à la femme à se pourvoir contre la révocation, dans les formes qu'elle aurait eu à suivre si le mari avait refusé l'autorisation. Voy. cep. Demolombe, IV, 325. D'après cet auteur, le mari aurait en ce cas à faire rétracter, dans les formes indiquées par les art. 861 et suivants du Code de procédure, le jugement qui a autorisé la femme.

[89] Suivant M. Demolombe (*loc. cit.*), le mari devrait encore, dans ce cas, se pourvoir, suivant les formes tracées par les art. 861 et suivants du Code de procédure, devant le tribunal qui a autorisé la femme. Mais ce mode de procéder ne nous paraît pas régulier. Le tribunal, en autorisant la femme malgré le refus du mari, a statué sur une véritable contestation ; et il serait contraire à tous les principes qu'il pût lui-même rétracter son jugement.

[90] Arg. art. 1451 et 2009. Demolombe, IV, 326.

[91] Pothier, *op. cit.*, n° 76. Demolombe, IV, 275. Zachariæ, § 472, texte, notes 48 et 49. — Mais rien n'empêche qu'elle ne l'attaque pour toute autre cause. Vazeille, II, 355. Toullier, II, 655. Demolombe et Zachariæ, *locc. citt.*

[92] Le mari, en effet, ne devient pas, par son autorisation, partie dans le procès ou dans l'acte juridique soutenu ou passé par la femme. Arg. *a contrario*, art. 220, al. 1, et 1419. *Alias est vendere, alias est vendenti consentire.* L. 160,

Cette règle reçoit cependant exception dans les deux hypothèses suivantes :

a. Quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle [93]. Dans cette hypothèse, le mari est personnellement tenu, par le fait même de l'autorisation qu'il a donnée, des obligations que la femme a contractées avec cette autorisation [94], à moins qu'il ne s'agisse de l'acceptation d'une succession purement immobilière échue à la femme, ou de la vente d'un de ses immeubles propres [95].

b. Lorsque, sous tout autre régime que celui de la communauté, l'acte juridique passé ou le procès soutenu par la femme, est de nature à intéresser également le mari, par exemple, à raison de l'usufruit dont il jouirait sur les biens qui font l'objet de cet acte juridique ou de ce procès [96]. Si, dans cette hypothèse, le mari n'est pas, comme dans la précédente, personnellement tenu des engagements que la femme a contractés avec son autorisation, il est du moins obligé d'en souffrir l'exécution, même en ce qu'elle aurait de contraire ou de préjudiciable à ses intérêts [97].

D. de R. J. (50, 17). *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 399, n° 37). Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII *bis*, n°s 1 et 5. Vazeille, II, 366 et 375. Duranton, II, 461. Demolombe, IV, 307. Troplong, *Du contrat de mariage*, II, 1050. Zachariæ, § 472, texte et note 50. Montpellier, 10 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 68. Bordeaux, 30 mai 1816, Sir., 17, 2, 229.

93 Vazeille, II, 359. Duranton, II, 480. Demolombe, IV, 310. Zachariæ, § 472, texte et note 50.

94 Art. 220, 1409, n° 2, et 1419. Cette exception, qui prend sa source dans la nature même de la communauté, est fondée sur la combinaison des deux principes suivants : 1° la femme peut, comme copropriétaire du fonds commun, engager la communauté, avec le consentement de son mari ; 2° le mari est, comme chef de la communauté, personnellement tenu de toutes les obligations dont celle-ci est grevée. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *b*.

95 Art. 1413 et 1432. Cpr. §§ 509 et 513. Quoique le mari ne soit pas, dans ce dernier cas, personnellement tenu de l'engagement que la femme a contracté avec son autorisation, il est cependant obligé, conformément à la seconde exception indiquée au texte, de souffrir le préjudice que peut lui causer l'exécution de cet engagement sur les biens de la femme. Voy. les autorités citées à la note 97 *infra* ; et § 509, texte n° 4, lett. *b*.

96 Cpr. art. 1530, 1531, et 1549. Merlin, *Rép.*, v° Autorité maritale, sect. VII. Zachariæ, § 472, texte et note 52.

97 Arg. art. 1555. Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1779 et 1780. Demolombe, IV, 311. Troplong, *op. cit*, II, 1051. Cpr. cep. Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VII *bis*, n° 9.

Les effets exceptionnels que l'autorisation maritale produit dans les deux hypothèses précédentes, ne sont point attachés à l'autorisation du juge. Cette dernière ne peut, en général, être opposée au mari, comme engendrant à son égard une obligation quelconque [98]. Il importe même peu, sous ce rapport, que l'autorisation du juge ait été accordée au refus du mari, ou qu'elle l'ait été à raison de son absence ou de son incapacité [99].

Du reste, la règle ci-dessus établie n'empêche pas que l'affaire traitée par une femme dûment autorisée de justice ou de son mari, ne puisse, abstraction faite de l'autorisation elle-même, devenir, pour ce dernier, l'occasion de certaines obligations qui reposeraient sur quelque autre fondement juridique. Ainsi, par exemple, le mari peut, comme chef de la communauté, être poursuivi, par l'action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence de ce dont se trouve enrichie la communauté, par suite de l'acte que la femme a passé [100].

98 Art. 1426, et arg. art. 1413, 1417 et 1555. — L'art. 1427 contient une double exception à la règle énoncée au texte. Demolombe, IV, 318. Cpr. § 509, texte n° 5.

99 *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* L'art. 1419 ne parlant que des obligations contractées par la femme avec le consentement du mari, de quel droit en étendrait-on la disposition à des obligations qui, quoique contractées avec l'autorisation de justice, à raison de l'incapacité du mari ou d'un empêchement de sa part, ne le sont pas, en définitive, du consentement de ce dernier? Comment surtout pourrait-on justifier une pareille extension, en présence : 1° de l'art. 1426, dont la disposition générale ne comporte aucune distinction tirée de la cause pour laquelle la justice a été appelée à suppléer par son autorisation à celle du mari ; 2° de l'art. 1427, dont la disposition exceptionnelle fournit, et par la place qu'il occupe, et par la nature des engagements auxquels il s'applique, un argument *à contrario* si puissant? Il est vrai que les art. 1413 et 1417 ne parlent, dans les hypothèses spéciales dont ils s'occupent, que de l'autorisation accordée par le juge, *au refus du mari*. Mais comme ces articles doivent, en tant qu'ils contiennent des applications de la règle posée par l'art. 1426, être interprétés dans le même sens que le principe dont ils découlent, on est conduit à regarder comme purement énonciatives les expressions *au refus du mari*, qui s'y trouvent employées. Toullier, II, 656. Vazeille, II, 357. Duranton, XIV, 299 et 301. Demolombe, XIV, 319. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 472, texte et note 54.

100 Merlin, *loc. cit.* Delvincourt, III, p. 36. Zachariæ, § 472, texte et note 53. Cpr. § 508, texte n° 7.

7° Des conséquences du défaut d'autorisation.

Les actes extra-judiciaires faits par la femme sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice, sont nuls [101].

La nullité dont ils sont frappés, n'est que relative ; elle ne peut être proposée que par le mari, ou par la femme, ainsi que par leurs héritiers [102], ayants-cause, ou créanciers [103]. Art. 225 et 1125, al. 2.

Le tiers détenteur d'un immeuble que la femme aurait hypothéqué sans autorisation, est autorisé à la faire valoir, soit comme ayant-cause, soit comme créancier éventuel de cette dernière [104].

101 En cas de contestation sur la validité d'un acte passé par une femme mariée, ce n'est pas à la personne qui attaque cet acte, à prouver le défaut d'autorisation, c'est à la personne qui le défend, à établir l'existence de l'autorisation. Demolombe, IV, 336. Zachariæ, § 472, texte et note 55. Paris, 2 janvier 1808, Sir., 7, 2, 791.

102 C'est-à-dire par les héritiers de la femme, et même par ceux du mari, en tant qu'ils auraient intérêt à faire valoir la nullité. Duranton, II, 515. Valette, sur Proudhon, I, p. 467, note *a*. Marcadé, sur l'art. 225, n° 4. Demolombe, IV, 341.

103 Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4. n° 5. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2347. Duranton, II, 512. Vazeille, II, 384. Marcadé, sur l'art. 225, n° 4. Zachariæ, § 472, texte et note 57. Civ. cass., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 572. Cpr. aussi les autorités citées à la note 48 du § 312. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 766 ; Angers, 1er août 1810, Sir., 14, 2, 144 ; Grenoble, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 186. — M. Demolombe (IV, 342), tout en admettant les créanciers de la femme à proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, refuse ce droit aux créanciers du mari, sous le prétexte que l'action en nullité qui compète à ce dernier, n'étant point en général fondée sur un intérêt pécuniaire, constitue un droit exclusivement attaché à sa personne. Cette argumentation déplace la question et en dénature les termes : Pour que les créanciers du mari soient recevables à exercer de son chef l'action en nullité dont s'agit, il faut, sans doute, que leur débiteur y ait un intérêt pécuniaire. Mais si, comme cela se rencontre du reste assez fréquemment, cet intérêt existe, il n'y a pas de motif pour refuser aux créanciers du mari, l'exercice de l'action en nullité compétant à leur débiteur.

104 Dès que l'on reconnaît aux ayants-cause et aux créanciers de la femme, le droit de proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, il ne paraît guère possible de le refuser au tiers détenteur qui, dans l'hypothèse indiquée au texte, réunit dans sa personne la double qualité d'ayant-cause et de créancier de la femme. Le système contraire aurait d'ailleurs pour résultat de priver la

Cette nullité n'est susceptible d'être invoquée, ni par la partie qui a contracté avec la femme [105], ni par la caution de cette dernière [106]. Elle ne peut pas l'être davantage par l'acquéreur ou l'adjudicataire d'un immeuble, qu'un tiers a donné en hypothèque à la femme, et sur lequel celle-ci aurait, sans autorisation, exercé une surenchère [107].

La nullité résultant du défaut d'autorisation est proposable en tout état de cause. Mais elle ne peut, ni être déclarée d'office par le juge, ni être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation [108].

Du principe que la femme ne peut ester en justice sans autorisation, il résulte que les assignations qui, au lieu d'être données conjointement au mari et à la femme, ne l'ont été qu'à cette dernière, sont frappées de nullité [109].

Les jugements rendus contre une femme non autorisée, peuvent être attaqués, pour ce motif, par le mari, par la femme, et par leurs héritiers, créanciers, ou ayants-cause, soit à l'aide des voies ordinaires de recours, soit au moyen du pourvoi en cassation, encore que le défaut d'autorisation n'ait été proposé, ni en première

femme elle-même du bénéfice de son action en nullité. Il est, en effet, évident que, si le tiers détenteur était tenu de payer la dette hypothécaire contractée par la femme sans autorisation, il jouirait contre celle-ci d'un recours, qu'elle ne pourrait écarter en se prévalant de la nullité de son obligation. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 472, note 58; Demolombe, IV, 350; Lyon, 27 mars 1832, Sir., 33, 2, 282.

105 Il en est cependant autrement de l'auteur d'une donation acceptée par une femme non autorisée? Cpr. § 652.

106 Art. 2012, al. 2, et 2036, al. 2. Cpr. § 424, texte et note 6.

107 Voy. les autorités citées à la note 63 du § 294.

108 Req. rej., 4 avril 1853, Sir., 53, 1, 480. Req. rej., 4 août 1856, Sir., 58, 1, 684. La nullité dont se trouve entaché un acte extrajudiciaire passé par la femme sans autorisation, n'est pas d'ordre public.

109 Pothier, *op. cit.*, n° 55. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. III, § 4. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. rej., 24 mars 1812, Sir., 12, 1, 317. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Sect. civ., 14 juillet 1819, Sir., 19, 1, 407. Aix, 3 mai 1827, Sir., 28, 2, 346. Nîmes, 16 janvier 1832, Sir., 33, 2, 61. Agen, 5 janvier 1832, Sir., 34, 2, 237. Civ. cass., 15 mars 1837, Sir., 37, 1, 340.

instance, ni en instance d'appel [110]. Ces jugements, au contraire, ne peuvent être attaqués par voie d'action principale en nullité [111], ni même par voie de requête civile [112]. Mais le mari ou ses ayants-cause ont le droit d'en demander la rétractation par voie de tierce opposition [113].

Les jugements obtenus par une femme non autorisée, ne peuvent être attaqués, pour ce motif, par la partie contre laquelle ils ont été rendus [114]. Il y a mieux, le défendeur ou l'intimé assigné en première instance, en appel, ou en cassation, par une femme mariée non autorisée, n'est point admis à demander la nullité de l'exploit d'ajournement, de l'acte d'appel, ou du pourvoi en cassa-

110 Le jugement rendu contre une femme non autorisée à ester en justice, constitue par lui-même une violation directe de l'art. 215. Demolombe, IV, 354. Civ. cass., 16 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 816. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Civ. cass., 15 novembre 1836, Sir., 36, 1, 909. Civ. cass, 5 août 1840, Sir., 40, 1, 768. Civ. cass., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 315. Civ. cass., 13 novembre 1844, Sir., 45, 1, 45. Civ. cass., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 356. Civ. cass., 20 mai 1846, Sir., 46, 1, 550. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Civ. cass., 11 janvier 1854, Sir., 54, 1, 127. Civ. cass., 18 août 1857, Sir., 59, 1, 253. Civ. cass., 9 mai 1865, Sir., 65, 1, 452. Civ. cass., 18 juin 1866, Sir., 67, 1, 8. Civ. cass., 20 janvier 1868, Sir., 68, 1, 8. — Mais la femme mariée, autorisée à ester en instance d'appel, n'est pas admise à proposer, pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'elle n'aurait pas obtenu l'autorisation d'ester en première instance. Req. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975.

111 *Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements.* Demolombe, IV, 354. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 82.

112 MM. Duranton (II, 468), Vazeille, (II 379) et Demolombe (IV, 355), enseignent, en se fondant sur l'art. 480, n° 2, du Code de procédure, que le jugement rendu contre une femme non autorisée, peut également être attaqué, par voie de requête civile, à raison de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité. Nous ne saurions partager leur opinion : l'article ci-dessus cité ne s'applique en effet qu'aux formes requises pour la validité des actes de juridiction considérés en eux-mêmes, et abstraction faite de la qualité des parties. — Merlin (*Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. III, § 4) pense que, si la femme avait laissé ignorer au juge son état de femme mariée, il y aurait ouverture, non à cassation, mais à requête civile.

113 Merlin, *op. et loc. citt.* Demolombe, IV, 356. Montpellier, 27 avril 1831, Sir., 32, 2, 77.

114 Req. rej., 29 prairial an XII, et 26 août 1808, Merlin, *op. et loc. citt.*

tion [115]. Il peut seulement, tant que la contestation n'a pas été définitivement jugée, réclamer, par fin de non-procéder, qu'avant tout, la femme soit tenue de rapporter l'autorisation de son mari, ou celle de la justice; et ce ne sera que faute par elle de produire cette autorisation dans le délai imparti par le juge, qu'il y aura lieu de la déclarer non recevable dans sa demande, dans son appel, ou dans son pourvoi en cassation [116]. Spécialement, il n'est pas nécessaire, au cas de pourvoi en cassation formé par une femme mariée non autorisée, que l'autorisation lui soit donnée avant l'arrêt d'admission; il suffit qu'elle intervienne avant le jugement du pourvoi [117].

La nullité résultant du défaut d'autorisation, est susceptible de se couvrir, soit par la confirmation du mari, soit par celle de la femme. Cpr. art. 1338.

Elle est couverte, d'une manière absolue, et à l'égard de toutes personnes, par la confirmation du mari, lors même que cette confirmation aurait été donnée sans le concours de la femme [118],

115 Merlin, *op. et loc. citt.* Demolombe, IV, 351. Sect. civ., 22 octobre 1807, Sir., 8, 1, 127. Bourges, 27 décembre 1829, Sir., 30, 2, 171. Civ. cass., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 401. Civ, cass., 17 décembre 1838, Sir., 38, 1, 638. Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235. Civ. rej., 27 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Cpr. § 114, texte et notes 10 à 12.

116 Zachariæ, § 472, note 58, *in fine.* Bordeaux, 11 août 1851, Sir., 51, 2, 757.

117 Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235. Civ. rej., 27 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Civ. cass., 20 janvier 1868, Sir., 68, 1, 8.

118 Cette proposition ne paraît pas avoir été contestée dans les pays dont les coutumes se contentaient du consentement du mari. sans demander son autorisation expresse. Elle avait même fini par passer en jurisprudence dans les pays dont les coutumes requéraient l'autorisation expresse du mari, *ad formam negotii*. Cpr. Charondas, sur l'art. 223 de la coutume de Paris; Leprêtre, cent. II. chap. XVI et XX; Lebrun, *op. et loc. citt.*, sect. V, nos 7 à 9; Pothier, *op. cit.*, n° 74. Comment se fait-il que sous l'empire du Code, qui cependant n'exige que le consentement du mari, cette proposition soit combattue par de très-bons auteurs, et condamnée par la jurisprudence de la Cour de cassation? On prétend que le mari ne peut enlever à la femme, le bénéfice de l'action en nullité que la loi lui ouvre. Cette objection aurait peut-être quelque poids, si l'autorisation était requise dans l'intérêt individuel de la femme. Encore pourrait-on, dans cette supposition, tirer de l'art. 183 un puissant argument contre cette objection, qui, d'ailleurs, pèche par sa base, puisque la supposition sur laquelle elle re-

mais à la double condition, qu'elle ait eu lieu pendant la durée du

pose, n'est pas exacte. Cpr. note 5 *supra*. Merlin (*op et loc. citt.*) tire une autre objection de la suppression d'un second alinéa que contenait, dans le projet du Code, l'art. 217, et qui était ainsi conçu : «Le consentement du mari, quoique «postérieur à l'acte, suffit pour le valider.» Mais la manière dont cette suppression a été opérée, ne permet pas d'y attacher de l'importance. En effet, après avoir, dans la séance du 4 vendémiaire an X, admis cet alinéa tel qu'il avait été proposé, on ne renvoya l'art. 217 à la Section de législation, que pour faire introduire, dans l'alinéa premier, un amendement proposé par Regnauld de Saint-Jean-d'Angély, et qui tendait à exiger l'autorisation maritale pour toute espèce d'acquisitions faites par la femme, à titre onéreux ou gratuit. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 394, art. 4 ; p. 397 à 399, nos 34 à 36. C'est par suite de ce renvoi, que Réal présenta, dans la séance du 24 frimaire an X, une nouvelle rédaction de l'art 217, qui différait de la première, notamment en ce que le second alinéa n'y figurait plus, et en ce que les expressions finales de l'alinéa premier, au lieu d'y être placées comme elles l'étaient primitivement dans l'ordre que voici : «*sans le consentement par écrit*, ou le concours du mari dans l'acte», s'y trouvaient interverties et disposées ainsi qu'il suit : «sans le concours du mari dans l'acte, *ou son consentement par écrit*». Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 431, art. 51. Or, comme on ne trouve pas, dans les travaux préparatoires du Code, l'explication des véritables motifs de ces changements, on ne peut pas raisonnablement croire que la Section de législation les ait opérés dans l'intention de repousser une doctrine qu'elle avait elle-même proposée, et qui avait été admise dans l'assemblée générale du Conseil d'État. On doit, au contraire, chercher à les expliquer de manière à les mettre en harmonie avec cette doctrine. Nous pensons que le second alinéa de l'art. 217 a été supprimé, d'une part, comme dangereux, à raison de l'excessive généralité de la règle qu'il énonçait (cpr. les deux notes suivantes), et, d'autre part, comme inutile, en présence des principes généraux sur la confirmation. D'ailleurs, en rejetant à la fin de l'art. 217 les expressions *consentement par écrit*, sans exiger que le consentement soit antérieur à l'acte juridique à l'occasion duquel il est accordé, le rédacteur de cet article a donné implicitement à entendre qu'un consentement postérieur à cet acte peut être suffisant, s'il est donné conformément aux règles reçues en pareille matière. Et pourquoi, en définitive, le mari ne pourrait-il pas couvrir, par sa confirmation, une nullité qui n'est fondée que sur un défaut de consentement de sa part? Voy. en ce sens : Proudhon, I, p. 466 et 467 ; Delvincourt, I, p. 159 ; Vazeille, II, 381 ; Lassaulx, I, 319 ; Grolmann, II, 490 ; Taulier, I, p. 350 ; Duvergier, sur Toullier, II, 648, note 1 ; Marcadé, sur l'art. 225, n° 1 ; Demante, *Cours*, I, 300 ; Zachariæ, § 472, texte et note 39 ; Riom, 23 janvier 1809, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 11 ; Colmar, 28 novembre 1816, Sir., 17, 2, 145 ; Dijon, 1er août 1818, Dev. et Car., *op. cit.*, V, 2, 409. Voy. en sens contraire : Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VI, § 3, n° 2, et § 4 ; Toullier, II, 648 ; Duranton, II, 518 ; Chardon, *Puissance maritale*, n° 143 ; Benoît, *De la dot*, I, 244 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 467, note 6 ; Demolombe, IV, 211 ; Turin, 17 décembre

mariage [119], et avant toute action en nullité régulièrement introduite par la femme [120].

La confirmation de la femme n'est efficace à l'égard du mari, qu'autant qu'elle a eu lieu avec son autorisation. Ainsi, on ne peut pas opposer à ce dernier ou à ses ayants-cause, la confirmation émanée de la femme après la dissolution du mariage, ni celle qu'elle aurait donnée durant le mariage avec la simple autorisation de justice [121].

Du reste, la confirmation des époux fait aussi disparaître, par rapport à leurs créanciers respectifs, la nullité résultant du défaut d'autorisation, pourvu que la confirmation soit antérieure à la demande en annulation formée par ces derniers, et qu'elle n'ait point eu lieu en fraude de leurs droits [122].

La nullité des actes extra-judiciaires faits par la femme sans autorisation, se couvre, soit quant à cette dernière, soit quant au mari, par la prescription de dix ans [123]. Art. 1304, al. 1. Cette

1810, Sir., 11, 2, 231 ; Rouen, 18 novembre 1825, Sir., 26, 2, 271 ; Req. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 358 ; Grenoble, 26 juillet 1828, Sir., 29, 2, 28 ; Civ. cass., 26 juin 1839, Sir., 39, 1, 878 ; Paris, 23 février 1849, Sir., 49, 2, 145 ; Paris, 12 mai 1859, Sir., 59, 2, 561 ; Orléans, 6 juin 1868, Sir., 69, 2, 231. Cpr. Dijon, 19 février 1862, Sir., 63, 2, 38.

119 C'est en vertu de la puissance maritale que le mari est appelé, soit à autoriser sa femme, soit à confirmer les actes qu'elle a passés sans son autorisation. Après la dissolution du mariage, la puissance maritale cesse ; dès lors le mari n'a plus le pouvoir de couvrir, par rapport à la femme ou à ses ayants-cause, la nullité résultant du défaut d'autorisation ; il peut seulement renoncer, en ce qui le concerne, à l'action en nullité que la loi lui ouvre. Proudhon, Marcadé et Zachariæ, *locc. citt.*

120 La recevabilité d'une action est, en général, indépendante des événements postérieurs à son introduction. Elle doit s'apprécier d'après l'état dans lequel elle a été intentée. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. § 462, note 57.

121 La femme ne peut, en effet, par une confirmation même valable à son égard, enlever au mari, une action en nullité introduite en faveur de ce dernier, et des intérêts dont il est le gardien. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 472, texte et note 63.

122 Req. rej., 17 août 1853, Sir., 55, 1, 811. Cpr. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684.

123 Sauf, le cas échéant, l'application de la règle *Quæ temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Req. rej., 1er décembre 1846, Sir., 47, 1, 289. Cpr. § 339, texte n° 2, *in fine*, et note 29 ; § 771, texte et notes 1 à 6.

prescription ne commence à courir, même contre le mari, qu'à partir de la dissolution du mariage[124]. Art. 1304, al. 2.

Quant aux jugements rendus contre une femme non autorisée, ils ne peuvent être efficacement attaqués, soit par la femme, soit par le mari, après l'expiration des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ouvertes contre les jugements en général[125].

Lorsqu'un mariage, célébré en France ou à l'étranger, a été tenu secret, les tiers auxquels le mari ou la femme opposerait le défaut d'autorisation, peuvent tirer de cette circonstance une fin de non-recevoir, pour repousser l'action ou l'exception de nullité[126].

Mais ils ne seraient pas admis à se prévaloir, dans ce but, de la simple déclaration de la femme qui se serait qualifiée de fille ou de veuve[127]. Que si cette dernière avait employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à son état de fille ou de veuve, ou si, par sa manière de vivre et par l'ensemble de ses actes, elle avait induit le public en erreur sur sa véritable position, elle ne serait plus elle-même recevable à invoquer la nullité résultant du

124 Delvincourt, I, p. 596. Toullier, VII, 613. Valette, sur Proudhon, I, p. 487, note 6. Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1304, n° 23. Colmet de Santerre, V, 265 *bis*, II. Zachariæ, § 337, note 9. Montpellier, 27 avril 1831, Sir., 32, 2, 77. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1304, n° 2. En vain dirait-on que le mari pouvant, d'après notre système, confirmer, pendant le mariage, même en l'absence de la femme, l'acte passé par cette dernière sans autorisation, on ne voit pas pourquoi la prescription de dix ans ne courrait pas contre lui du jour où il a obtenu connaissance de cet acte. Cette objection se réfuterait par la considération que, si le législateur a regardé comme suffisante, pour effacer la nullité par rapport à la femme, une confirmation expresse ou tacite résultant d'un fait positif de la part du mari, ce n'était pas un motif pour attribuer le même effet à son simple silence, plus ou moins prolongé durant le mariage. Et comme, d'un autre côté, le législateur est, à notre avis, parti de l'idée que l'action de la femme ne saurait survivre à celle du mari, il n'aurait pu, sans inconséquence, faire courir la prescription contre ce dernier, avant l'époque à partir de laquelle elle court contre la femme.

125 Vazeille, II, 79. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 82.

126 Voy. les autorités citées au § 467, note 16, et au § 468, note 32.

127 Arg. art. 1307. Pothier, *op. cit.*, n°s 53 et 54. Toullier, II, 622. Duranton, II, 462 et 495. Vazeille, II, 312. Taulier, I, p. 348. Demolombe, IV, 327. Zachariæ, § 472, note 60. Cpr. Civ. cass., 15 novembre 1836, Sir., 36, 1, 909. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 225, n° 3.

défaut d'autorisation[128]. Le mari, au contraire, serait, malgré ces circonstances, autorisé à la faire valoir, à supposer d'ailleurs qu'il fût resté étranger à la fraude commise par la femme.

Les femmes étrangères et leurs maris ne peuvent se prévaloir des dispositions de la loi française sur l'autorisation maritale[129].

V. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE, ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

A. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

§ 473.

Des causes de dissolution du mariage.

Le mariage qui, d'après l'art. 227 du Code Napoléon, se dissolvait par la mort naturelle de l'un des époux, par le divorce légalement prononcé, et par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile[1], ne se dissout

128 Arg. art. 1310 et 1382. Pothier, *op. cit.*, nos 28 et 54. Toullier, II, 623 et 624. Duranton, II, 462, 494 et 495. Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.* Demolombe, IV, 328 et 332. Grenoble, 21 décembre 1822, et Req. rej., 15 juin 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, X, p. 138. Voy. cep. Zachariæ, § 472, texte et note 61 ; Vazeille, II, 313 et 314 ; Toullier, I, p. 349 ; Paris, 6 novembre 1866, Sir., 67, 2, 294.

129 Bruxelles, 23 février 1808, Sir., 10, 2, 489. Bruxelles, 19 août 1811, Sir., 12, 2, 264. Bastia, 16 février 1844, Sir., 44, 2, 664. Cpr. § 78, texte et note 26.

1 Ces expressions de l'art. 227 avaient donné lieu à quelques difficultés. D'après Delvincourt (I, p. 226), Vazeille (II, 528 et 555) et Duranton (II, 521), qui se fondaient sur les art. 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, ne devenait définitive qu'après la prescription de la peine, et par suite le mariage ne se dissolvait qu'après vingt ans à dater de l'arrêt de condamnation. Voy. également dans ce sens : Angers, 21 août 1840, Sir., 40, 2, 372. Nous aimons à rendre hommage aux motifs d'humanité qui ont inspiré cette manière de voir. Mais elle nous paraît en opposition formelle avec le texte et l'esprit de la loi. Pourquoi chercher dans le Code d'instruction criminelle l'interprétation de l'art. 227, lorsqu'on la trouve dans le Code Napoléon lui-même. L'art. 25, al. 8, porte en effet : « Le « mariage qu'il avait contracté précédemment, est dissous quant à tous ses effets

plus, depuis les lois du 8 mai 1816 et du 31 mai 1854, qui ont aboli le divorce et la mort civile, que par la première de ces causes.

L'absence la plus longue de l'un des époux n'entraîne jamais la dissolution du mariage[2].

§ 474.

Des seconds mariages.

Après la dissolution du mariage par la mort naturelle de la femme, le mari peut immédiatement convoler à une nouvelle union. La femme devenue veuve ne le peut, au contraire, qu'après l'expiration du délai fixé par l'art. 228[1].

«civils.» Viennent ensuite les art. 26 et 27, qui, selon que la condamnation a été prononcée contradictoirement ou par contumace, font courir la mort civile, soit du jour de l'exécution, soit à partir de l'expiration des cinq années qui la suivent. Les expressions ci-dessus citées de l'art. 227 ont donc eu pour but de rappeler cette distinction, et d'indiquer notamment que, quand la condamnation est prononcée par contumace, la mort civile n'est encourue d'une manière définitive et n'entraîne la dissolution du mariage qu'après l'expiration des cinq années qui suivent l'exécution par effigie. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 401 et 402, n[os] 1 et 2). Mais il ne pouvait entrer dans l'esprit des rédateurs du Code Napoléon de subordonner l'application de l'art. 227 aux dispositions du Code d'instruction criminelle, qui n'existait pas même en projet lorsque cet article a été discuté. Ce qui prouve d'ailleurs que le Code d'instruction criminelle n'a pas, sur ce point, dérogé au Code Napoléon, c'est la disposition du deuxième alinéa de l'art. 476 du premier de ces Codes, qui maintient, pour le passé, les effets que la mort civile a produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution en justice, disposition qui n'aurait aucun sens si la mort civile ne produisait pas, à partir de l'expiration de ces cinq années, tous les effets qu'y attache l'art. 25 du Code Napoléon. Voy. dans le sens de notre opinion : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. II, § 2, n° 3; Valette, sur Proudhon, 1, p. 477, note *a*; Marcadé, sur l'art. 227; Richelot, I, 114; Fœlix, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 485, n° 12; Demolombe, I, 231; Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 375; Zachariæ, § 163, note 5, et § 473, texte et note 1; Douai, 3 août 1819, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 121; Rennes, 11 mai 1847, Sir., 47, 2, 344; Rennes, 5 juin 1851, Sir., 51, 2, 341; Req. rej., 2 décembre 1851, Sir., 52, 1, 54.

[2] Cpr. § 159, texte et note 1.

[1] Cpr. sur la nature de cet empêchement : § 463, texte n° 3.

Les mêmes règles s'appliquaient autrefois au cas de dissolution du mariage par le divorce ou par la mort civile de l'un des conjoints.

Les époux dont le mariage a été dissous par l'une de ces deux causes, ont conservé, malgré l'abolition du divorce et de la mort civile, la faculté de se remarier [2].

Les seconds mariages sont soumis aux mêmes conditions, et produisent, en général, les mêmes effets qu'une première union [3].

Cependant, lorsque la personne qui contracte un second ou subséquent mariage, a des enfants d'une union précédente, elle ne jouit pas, relativement aux dispositions à titre gratuit qu'elle se proposerait de faire au profit de son conjoint, d'une aussi grande latitude que la personne qui n'a pas d'enfants d'un précédent mariage [4].

D'un autre côté, l'époux qui convole à une nouvelle union, et plus particulièrement la femme, ne conserve pas, sur les enfants issus d'un mariage précédent, la plénitude des droits qui découlent de la puissance paternelle [5].

B. DE LA SÉPARATION DE CORPS.

BIBLIOGRAPHIE. — *De la séparation de corps*, par Massol; Paris, 1840; 1 vol. in-8°.

§ 489 [1].

Notion de la séparation de corps.

La séparation de corps est l'état où se trouvent placés deux époux entre lesquels a cessé l'obligation de vivre en commun, que le mariage leur imposait. Cpr. art. 214.

[2] Cpr. § 82, texte et note 15; § 83 *bis*, texte *in fine*, et note 6; § 461, texte et note 2.

[3] Le projet du Code contenait un article qui exprimait formellement cette proposition; mais on l'a retranché comme inutile. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 402, n° 3. Zachariæ, § 474, texte et note 2.

[4] Zachariæ, § 474, texte n° 1. Cpr. art. 1098, 1496, al. 2, et 1527 cbn. 1094; § 698.

[5] Zachariæ, § 474, texte n° 2. Cpr. art. 380, 381, 381, 395, 399 et 400; § 99 *bis*, texte n° 3; § 100, texte, notes 3 et 7; § 550, texte n° 1, lett. *a*, et § 550 *bis*, texte n° 4, lett. *c*.

[1] Les §§ 475 à 488 du *Manuel* de Zachariæ sont relatifs au divorce. Cpr. § 449, texte *in fine*.

La séparation de corps ne peut résulter que d'un jugement. Ainsi, elle ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des deux époux. Art. 307. Le traité par lequel les époux conviendraient de vivre séparés l'un de l'autre, ne serait pas obligatoire pour eux, et à plus forte raison ne pourrait-il être opposé aux tiers [2].

La séparation de corps est immédiatement attachée au jugement qui accueille la demande formée à cet effet. Elle n'a pas besoin, comme le divorce, d'être prononcée par l'officier de l'état civil [3].

La séparation de corps ne rompt pas, mais relâche seulement le lien du mariage. En général, elle laisse subsister tous les effets juridiques que le mariage produit, et n'entraine que la cessation de ceux de ces effets qui sont une conséquence de la vie commune.

§ 490.

Aperçu historique. — Règle d'interprétation.

1° Avant la révolution, la séparation de corps était, comme les autres parties de la matière du mariage, régie par les dispositions du Droit canon [1].

La loi du 20-25 septembre 1792 abolit complétement cette institution, et la remplaça par le divorce.

Le projet de Code civil présenté par la Commission de rédaction, était sur ce point conforme au Droit intermédiaire.

Lors de la discussion au Conseil d'État, la question de savoir si la séparation de corps devait être rétablie, et surtout celle de savoir dans quelles limites elle serait admise, furent vivement débattues. Les partisans de la séparation de corps réussirent à la faire admettre, pour cause déterminée, parallèlement au divorce, et concurremment avec lui, de manière à laisser à l'époux plaignant, la faculté de demander, pour les mêmes raisons, soit le divorce, soit la séparation de corps. Le principal motif qui dicta cette réso-

[2] Cpr. Nancy, 22 janvier 1870, Sir., 70, 2, 54.

[3] Demolombe, IV, 493. Zachariæ, § 489, texte *in principio*.

[1] Toutefois, d'après le dernier état de l'ancienne jurisprudence, les tribunaux séculiers étaient seuls compétents pour statuer, même en premier ressort, sur les demandes en séparation de corps. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 2.

lution, fut que, l'Église catholique rejetant le divorce, il fallait donner aux époux qui suivent cette religion, la liberté et les moyens de se séparer sans faire violence à leurs croyances religieuses.

2° Il résulte de ces explications, que la séparation de corps a, jusqu'à certain point, été envisagée comme le divorce des catholiques ; et, par voie de conséquence, l'on se trouve amené à la règle suivante :

Les dispositions du Code Napoléon sur le divorce peuvent et doivent être consultées pour l'interprétation et le complément du petit nombre de celles que ce Code contient sur la séparation de corps [2], à moins que leur application à cette dernière matière ne soit en opposition avec la nature même de la séparation de corps [3], avec une disposition expresse ou implicite de la loi [4], ou avec les principes généraux du Droit [5].

Cette règle d'interprétation, qui se fonde tout à la fois sur la lettre de la loi [6], et sur son esprit, tel qu'il se manifeste par la discussion au Conseil d'État [7], pourrait encore, au besoin, trouver aujourd'hui un nouvel appui dans la loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce [8].

§ 491.

Des causes qui peuvent motiver une demande en séparation de corps. — De la preuve des faits qui lui servent de base.

1° Les causes qui peuvent motiver une demande en séparation de corps sont au nombre de trois (art. 306) :

[2] Zachariæ, § 490, texte et note 2.

[3] Cpr. art. 295 et 298 ; § 463, texte n° 5, et note 11 ; § 489.

[4] Cpr. art. 307 cbn. 234 à 266 et 274 ; art. 307 cbn. 233.

[5] Par exemple, avec la maxime *Pœnalia non sunt extendenda*. Cpr. art. 299 et 300.

[6] Arg. *a pari* art. 306 cbn. 229 à 232. Arg. *a contrario* art. 307 cbn. 234 à 266.

[7] Cpr. Locré, *Lég.*, V, p. 7 à 10, p. 131 à 142.

[8] En ordonnant que les demandes et instances en divorce, pendantes au moment de la promulgation de la loi du 8 mai 1816, seraient converties en demandes et instances en séparation de corps, l'art. 2 de cette loi a encore rapproché la séparation de corps du divorce.

a. L'adultère. Le mari est autorisé à demander la séparation de corps, à raison de tout adultère de la femme. Art. 229.

La femme, au contraire, ne peut se pourvoir en séparation de corps pour cause d'adultère du mari, qu'autant que ce dernier a tenu sa concubine dans la maison commune, c'est-à-dire, dans la maison où il avait établi sa demeure, et où il avait, par conséquent, le droit de forcer sa femme à le suivre, et le devoir de la recevoir [1]. Art. 230 [2].

Il ne suffit pas, pour donner lieu à l'application de l'art. 230, que le mari ait passagèrement reçu sa concubine dans la maison commune [3]. Mais il n'est pas nécessaire, d'un autre côté, qu'elle y ait été introduite par ce dernier [4]; et il importe même peu à quel titre elle y a été installée ou reçue [5]. Il est également indifférent que la femme ait ou non habité cette maison au moment où le mari y a entretenu un commerce adultérin [6].

Du reste, si les relations adultérines du mari, quoique ne pré-

[1] Cpr. art. 108 et 214; Code pénal, art. 339. — L'expression *maison commune*, comprend donc la maison dans laquelle les époux n'auraient qu'une simple résidence, sans y avoir leur domicile, par exemple, une maison de campagne. Duranton, II, 544. Valette, sur Proudhon, I, p. 531, note *a*. Marcadé, sur l'art. 306, n° 2. Massol, p. 51, n° 8. Demolombe, IV, 374. Zachariæ, § 476, note 3, *in fine*. Req. rej., 28 novembre 1859, Sir., 60, 1, 342.

[2] Voy. sur les motifs de la distinction établie entre l'adultère de la femme et celui du mari : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. XXVI, chap. VI; *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, V, p. 96, n° 2; p. 112 et 113, n° 14; p. 159, n° 4); Duranton, II, 542.

[3] Code pénal, art. 339. Duranton, II, 547. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IV, 370.

[4] Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 8 *bis*. Duranton, II, 546. Massol, p. 33, note 2. Demolombe, IV, 373. Zachariæ, § 476, texte et note 4. Paris, 11 juillet 1812, Sir., 12, 2, 425. Civ. rej., 26 juillet 1813, Sir., 13, 1, 401. Voy. en sens contraire : Marcadé, *loc. cit.*

[5] Merlin. *Rép.*, v° Adultère, n° 8 *bis*. Demolombe, IV, 372. Zachariæ, *loc. cit.* Civ. rej., 5 juillet 1813, Merlin, *op. et loc. citt.*

[6] Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 7, n°s 2 et 3. Duranton, II, 545. Vazeille, II, 535. Massol, p. 31, n° 8. Demolombe, IV, 375. Zachariæ, § 476, texte et note 3. Poitiers, 28 messidor an XII, Sir., 4, 2, 180. Douai, 24 juillet 1812, Sir., 13, 2, 33. Civ. cass., 21 décembre 1818, Sir., 19, 1, 163. Civ. rej., 27 janvier 1819, Sir., 19, 1, 165. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., 21, 1, 349. Agen, 27 janvier 1824, Sir., 25, 2, 7. Toulouse, 12 avril 1825, Sir., 25, 2, 299. Civ. cass., 17 août 1825, Sir., 26, 1, 1. Bruxelles, 14 novembre 1830, Sir., 31, 2, 60. Crim. rej., 12 décembre 1857, Sir., 58, 1, 176.

sentant pas les caractères prévus par l'art. 230, avaient donné lieu de sa part à des procédés ou à des manifestations de nature à porter atteinte à l'honneur et à la dignité de la femme, celle-ci serait autorisée à demander la séparation de corps pour injure grave, en vertu de l'art. 231 [7].

b. Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre forment une seconde cause de séparation de corps.

On entend par excès, les attentats qui sont de nature à mettre en danger la vie de celui envers lequel ils sont exercés [8], par sévices, les voies de fait qui n'ont pas ce caractère, et, en général, toute espèce de mauvais traitements [9].

Les injures sont, ou verbales, ou réelles.

Les injures verbales, qui peuvent avoir lieu de vive voix ou par écrit, comprennent les propos insultants, les termes de mépris, les imputations calomnieuses ou diffamatoires [10]. Telle serait une imputation d'adultère calomnieusement adressée par le mari à la femme [11]. Mais un désaveu de paternité formé dans des

[7] Vazeille, II, 546. Marcadé, sur l'art. 306, n° 3. Massol, p. 34, n° 10. Demolombe, IV, 377. Zachariæ, § 476, texte et note 2. Bordeaux, 19 mai 1828, Sir., 28, 2, 265. Limoges, 21 mars 1835, Sir., 35, 2, 469. Req. rej., 14 juin 1836, Sir., 36, 1, 448.

[8] Le projet du Code contenait un article ainsi conçu : «L'attentat de l'un des «époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce.» Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 103, n° 7, art. 2. Le Tribunat demanda la suppression de cet article, afin de ne pas mettre l'époux demandeur en divorce dans la cruelle nécessité de porter, contre son conjoint, une accusation qui pourrait le conduire à l'échafaud. Il faisait d'ailleurs remarquer que les plus grands excès, et même les attentats à la vie, se trouveraient, à la rigueur, compris dans le terme *sévices*. Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 261 et 263, n° 2. Conformément à la demande du Tribunat, l'article ci-dessus cité fut donc supprimé. Mais, pour ne laisser aucune équivoque, et pour distinguer les attentats des simples sévices, on ajouta, dans l'art. 231, le mot *excès*, qui ne s'y trouvait pas primitivement. Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 183, n° 1, art. 3. Cpr. Duranton, II, 550 ; Toullier, II, 672 ; Vazeille, II, 541 ; Demolombe, IV, 384.

[9] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 3. Duranton, II, 551 et 552.

[10] Cpr. Merlin, *Rep.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4 ; Duranton, II, 553 ; Vazeille, II, 549 à 551.

[11] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, V, p. 54, n° 23). Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4. Duranton, II, 554. Vazeille, II, 550 et 551. Demolombe, IV, 387. Zachariæ, § 476, note 7. Paris, 14 décembre 1810, Sir., 11, 2, 236. Paris, 15 juin 1812, Sir., 13, 2, 84. Paris, 17 mars 1826, Sir., 26, 2, 306. Rennes, 21 août 1833, Sir., 34, 2, 285.

circonstances de nature à motiver les soupçons du mari, n'est point, au cas même où il a été rejeté, une cause suffisante de séparation [12].

Les injures réelles comprennent tous les faits qui constituent une insulte, un outrage, ou une marque de mépris [13].

C'est ainsi que le refus obstiné de la femme de rejoindre son mari, ou du mari de recevoir sa femme, peut, suivant les circonstances, être considéré comme une injure [14]. Il en est de même du refus de l'un ou l'autre des époux de consommer le mariage [15].

Il y aurait également injure dans le fait du mari qui, tout en refusant de consentir à la bénédiction religieuse du mariage, prétendrait exiger de sa femme l'accomplissement du devoir de cohabitation [16].

Quant à la communication du mal vénérien, elle n'est point par elle-même une injure; mais elle peut le devenir par suite des circonstances dont elle a été accompagnée [17].

12 Paris, 7 mai 1855, Sir., 55, 2, 770. Paris, 13 juillet 1870, Sir., 70, 2, 268.

13 Voy. sur les diverses injures réelles dont l'un des époux peut se rendre coupable envers l'autre: texte et note 7 *supra;* Vazeille, II, 540 et 548; Duranton, II, 556; Demolombe, IV, 391 et 392; Zachariæ, *loc. cit.;* Rouen, 8 avril 1824, Sir., 24, 2, 113; Req. rej., 19 avril 1825, Sir., 25, 1, 413; Caen, 23 février 1857, Sir., 57, 2, 568.

14 Duranton, II, 436 et 555. Vazeille, II, 547. Massol, p. 47, n° 7. Demolombe, IV, 102 et 388. Dutruc, *De la séparation de biens,* n°s 313 et 318. Lesenne, *Revue critique,* 1867, XXX, p. 513. Zachariæ, *loc. cit.* Angers, 8 avril 1829, Sir., 29, 2, 137. Req. rej., 6 février 1860, Sir., 61, 1, 71. Metz, 5 avril 1865, Sir., 65, 2, 294. Pau, 31 mai 1869, Sir., 69, 2, 207. Cpr. Req. rej., 20 novembre 1860, Sir., 61, 1, 965.

15 Metz, 25 mai 1869, Sir., 70, 2, 77.

16 Bressolles, *Revue de législation,* 1846, II, p. 157. Demolombe, IV, 390. Duverger, *Revue critique,* 1866, XXVIII, p. 325 et suiv. Glasson, n° 104, à la note. Trèves, 1845, Sir., 47, 2, 420, à la note. Angers, 29 janvier 1859, Sir., 59, 2, 77. Cpr. Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. en sens contraire: Thieriet, *Revue de législation,* 1846, III, p. 170.

17 Cpr. Pothier, *Du contrat de mariage,* n° 514; Merlin, *Rép.,* v° Séparation de corps, § 1, n° 9; Toullier, II, 757; Duranton, II, 534; Vazeille, II, 551; Massol, p. 48, n° 8; Demolombe, IV, 389; Zachariæ, *loc. cit.*; Besançon, 1er février 1806, Sir., 6, 2, 401; Civ. rej., 16 février 1808, Sir., 8, 1, 179; Lyon, 4 avril 1818, Sir., 19, 2, 131; Toulouse, 30 janvier 1821, Sir., 21, 2, 344; Bordeaux, 6 juin 1839, Sir., 39, 2, 391.

Les excès constituent toujours, et d'une manière absolue, des causes de séparation de corps[18].

Il en est autrement des sévices et des injures[19]. Les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu, quant à l'appréciation du point de savoir, si les sévices ou injures dont se plaint l'un des époux, sont assez graves pour justifier une demande en séparation de corps[20]. Ils peuvent et doivent, à cet égard, prendre en considération l'âge, la position sociale et l'éducation des parties, les circonstances dans lesquelles les sévices ou injures ont eu lieu[21], et les torts que l'époux plaignant aurait à se reprocher[22]. Si la publicité d'une injure en augmente la gravité, et si l'absence de publicité en atténue la portée[23], une injure peut cependant être rangée parmi les injures graves, quoiqu'elle n'ait point été accompagnée de publicité[24].

c. Enfin, en troisième et dernier lieu, la condamnation de l'un

18 Duranton, II, 550. Bournat, *Revue pratique*, 1861, XI, p. 430 et suiv. Voy. cep. Vazeille, II, 541 ; Demolombe, IV, 384.

19 Cpr. *Exposé de motifs*, par Treilhard (Locré, *Lég.*, V, p. 299, n° 18); Besançon, 13 pluviôse et 16 germinal an XIII, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II; et les notes 20 à 24 *infra*.

20 Locré, sur l'art. 231. Vazeille, II, 540. Duranton, II, 531. Demolombe, IV, 386. Zachariæ, § 476, texte et note 7. Civ. cass., 11 frimaire an XIV, Sir., 6, 1, 97. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202. Req. rej., 25 mai 1808, Sir., 8, 1, 412. Req. rej., 11 janvier 1837, Sir., 37, 1, 640. Req. rej., 4 mai 1863, Sir., 63, 1, 427. Cpr. Civ. rej., 16 février 1808, Sir., 8, 1, 179; Req. rej., 19 avril 1825, Sir., 25, 1, 413.

21 Merlin, *op. et v° citt.*, § 1, n° 3. Duranton, II, 552 et 553. Vazeille, II, 541. Demolombe, IV, 385. Zachariæ, § 476, texte et note 8. Paris, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 14. Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206.

22 Zachariæ, § 476, texte et note 9. Voy. aussi les autorités citées aux notes 26 et 27 du § 492.

23 Cpr. Dijon, 30 pluviôse an XIII, Sir., 13, 2, 289; Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206.

24 Tronchet avait, à la séance du 6 nivôse an X (Locré, *Lég.*, V, p. 201 et 202, n°s 4 et 5), proposé de substituer, dans l'art. 231, les mots *diffamation publique*, aux termes *injures graves*. Cette proposition, d'abord adoptée, fut ensuite abandonnée. Cette circonstance justifie complétement l'opinion énoncée au texte, à l'appui de laquelle on peut encore invoquer la *Discussion au Conseil d'État*, dans la séance du 14 vendémiaire an X (Locré, *Lég.*, V, p. 54, n° 23). Toullier, II, 762. Duranton, II, 554. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4. Demolombe, IV, 325. Poitiers, 29 juillet 1806, Sir., 6, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830, Dalloz, 1830, 1, 398.

des époux à une peine infamante [25], encourue pendant le mariage [26], st pour l'autre une cause de séparation de corps, lorsque l'arrêt qui l'a prononcée, n'est plus susceptible d'être réformé [27], par aucune voie légale [28], au moment où la demande en séparation de corps est jugée. Art. 232 cbn. 261.

[25] La disposition de l'art. 232 s'applique donc également aux peines afflictives et infamantes, et aux peines simplement infamantes. Cpr. Code pénal, art. 6 à 8. Mais elle n'est plus applicable au cas où, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, l'un des époux n'a été condamné, même pour un fait qualifié crime, qu'à une simple peine correctionnelle. Demolombe, IV, 396. Allemand. II, 1376. Paris, 16 juillet 1839, Sir., 40, 2, 107.

[26] MM. Duranton (II, 561 et 562), Vazeille (II, 560), et Massol (p. 53, n° 5) prétendent qu'une condamnation antérieure au mariage pourrait être une cause de séparation, si cette condamnation n'avait pas été connue du conjoint du condamné. Cpr. aussi : Delvincourt, sur l'art. 232; et Glasson, n° 130. Mais cette manière de voir nous paraît aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. L'art. 232 ne parle en effet que de la condamnation *de l'un des époux*, termes qui indiquent une condamnation postérieure au mariage. Le législateur n'a pu ni dû supposer qu'une condamnation antérieure au mariage resterait ignorée de la personne avec laquelle un condamné voudrait contracter mariage. D'ailleurs, la nature même des choses s'oppose à ce que la séparation de corps puisse être demandée pour des causes antérieures à l'union conjugale. Enfin, la distinction admise par M. Duranton entre le cas où le conjoint du condamné ignorait l'état de ce dernier et celui où il le connaissait, peut être équitable, mais elle est complétement arbitraire. Comment dès lors serait-il possible d'admettre un système qui ne repose que sur une distinction que la loi proscrit. Voy. dans le sens de notre opinion : Delvincourt, sur l'art. 232; Proudhon, I, p. 491 ; Toullier, II, 673 ; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 1, n° 5; Marcadé, sur l'art. 386, n° 4; Demolombe, IV, 392; Zachariæ, § 476, texte et note 11.

[27] C'est-à-dire, après l'expiration des trois jours accordés pour le pourvoi en cassation, ou après le rejet de ce pourvoi, lorsque la condamnation a été prononcée contradictoirement, et dans l'hypothèse contraire, après l'expiration des vingt années données pour purger la contumace. Code d'instruction criminelle, art. 373 et 374, 476 cbn. 635 et 641. Delvincourt, I, p. 191. Duranton, II, 560. Vazeille, II, 554. Demolombe, IV, 397. Crim. rej., 17 juin 1813, Sir.. 13, 1, 293. Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 49. Cpr. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, V, p. 267, n° 9); Locré, I, 229 ; Toullier, II, 673.

[28] La simple éventualité d'une révision future de l'arrêt de condamnation, n'en suspend pas l'exécution, à moins que la révélation de circonstances de nature à provoquer cette révision, ne la fasse actuellement présager. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 374 et 443 à 447. Tant que de pareilles circonstances ne se sont point produites, l'arrêt de condamnation doit être considéré comme n'étant susceptible d'être réformé par aucune voie légale, quoique

Il en serait ainsi, quand même le condamné aurait été gracié, ou qu'il aurait subi ou prescrit sa peine avant cette demande [29]. Mais l'amnistie ou la réhabilitation formerait obstacle à toute action ultérieure fondée sur sa condamnation [30].

Les trois causes ci-dessus énumérées sont les seules qui puissent donner ouverture à une demande en séparation de corps [31].

Du reste, on est admis à invoquer, à l'appui d'une pareille demande, qui ne serait pas justifiée d'ailleurs, les faits postérieurs à l'introduction de l'instance, et notamment les injures graves qui ont eu lieu dans le cours du procès et à son occasion [32].

2° Les faits d'adultère, d'excès, de sévices et d'injures graves, allégués à l'appui d'une demande en séparation de corps, peuvent, comme tous faits purs et simples, se prouver par témoins, aussi bien que par des écrits, et même à l'aide de simples présomptions [33].

cet arrêt ne soit point encore à l'abri d'une demande en révision, qui serait à la vérité possible, mais qui n'est pas probable. Vazeille, II, 556. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 476, note 12, *in fine*.

29 La grâce, et l'expiration ou la prescription de la peine n'effacent pas l'infamie attachée à la condamnation. Arg. art. 619 du Code d'instruction criminelle. Duranton, II, 559 Vazeille, II, 557 et 559. Massol, p. 53, n° 3. Chardon, *Puissance maritale*, n° 30. Demolombe, IV, 396. Paris, 19 août 1847, Sir., 47, 2, 524.

30 L'amnistie et la réhabilitation effacent la tache d'infamie que la condamnation avait produite. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 619 et suiv.; § 83, texte et note 1. Or, *cessante causa, cessat effectus*. Duranton, II, 559. Vazeille, II, 558. Massol, p. 53, n° 4. Demolombe, *loc. cit.*

31 Duranton, II, 531. Demolombe, IV, 400. — Ainsi, l'un des époux ne peut demander la séparation, parce que l'autre a changé de religion, qu'il est tombé en état de démence ou de fureur, ou qu'il a été infecté d'une maladie contagieuse. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n°s 8, 10 et 11. Duranton, II, 532 et 533. Demolombe, IV, 401. — Voy. quant à la communication du mal vénérien, texte et note 17 *supra*.

32 Req. rej., 26 mai 1807, Sir., 7, 1, 483. Paris, 14 décembre 1810, Sir., 11, 2, 236. Rouen, 13 mars 1816, Sir., 16, 2, 208. Rennes, 21 août 1833, Sir., 34, 2, 285. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Cpr. § 493, texte n° 1, notes 11 et 12.

33 Cela s'applique surtout à l'adultère, dont la preuve directe et matérielle est si difficile à fournir. Cpr. Code pénal, art. 338. Locré, sur les art. 229 et 230 Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 19; *Quest.*, *eod.* v°, § 10, n°s 1 et 2. Vazeille, II, 533. Zachariæ, § 476, texte et note 5. Bordeaux, 27 février 1807, Sir., 7, 2, 163.

La question de savoir si des lettres missives, émanées de l'époux défendeur, peuvent être produites par l'époux demandeur, pour prouver des faits allégués à l'appui d'une demande en séparation de corps, doit se décider d'après les règles ordinaires, exposées au § 754. Ainsi, les injures contenues dans une lettre écrite par l'un des conjoints à l'autre, peuvent être prouvées par la production de cette lettre [34], sauf au juge à l'écarter, si elle paraissait avoir été concertée entre les époux, pour arriver à faire sanctionner par la justice une séparation volontaire. Quant aux lettres écrites par l'époux défendeur à des tiers, elles ne peuvent, en général, être reçues à titre de preuve qu'avec le consentement de ces derniers, et doivent, malgré ce consentement, être rejetées, quand elles ont un caractère purement confidentiel [35]. Il semble cependant que, si le mari avait intercepté, ou obtenu de toute autre manière, des lettres contenant la preuve de relations adultérines entretenues par sa femme, il serait autorisé à en faire usage, peu importe d'ailleurs qu'elles émanassent de la femme elle-même ou de son complice [36].

Les règles du Droit commun sur les qualités physiques et légales

[34] Duranton, II, 602. Massol, p. 41, n° 5. Demolombe, IV, 393. Poitiers, 29 juillet 1806, Sir., 6, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830, Dalloz, 1830, 1, 398r

[35] Zachariæ, § 476, note 10. Metz, Sir., 4, 2, 101. Limoges, 17 juin 1824, Sir., 26, 2, 177. Aix, 17 décembre 1834, Sir., 35, 2, 172. Cpr. Nîmes, 30 août 1834, Sir., 34, 2, 351 ; Paris, 22 février 1860, Sir., 60, 2, 231. Voy. cep. Massol, p. 42, n° 6; Demolombe, IV, 394. Suivant ces auteurs, il n'y aurait pas à distinguer entre les lettres confidentielles et celles qui ne le seraient pas; les unes et les autres pourraient également être produites en justice. Mais cette opinion nous paraît, du moins en général, devoir être repoussée, comme contraire aux sentiments d'honnêteté, qui ne permettent pas de divulguer le secret des lettres; et l'art. 456 du Code d'instruction criminelle qu'on invoque à son appui, est loin de fournir un argument concluant. Ce qu'il y a de vrai, c'est qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement le caractère des lettres produites (cpr. Dijon, 30 pluviôse an XIII, Sir., 13, 2, 289; Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206; Nîmes, 30 avril 1834, Sir., 23, 2, 351), et que l'admission même d'une lettre qui aurait dû être rejetée, comme étant de nature confidentielle, ne peut, en l'absence de texte sur la matière, donner ouverture à cassation. Req. rej., 31 mai 1842, Dalloz, 1842, 1, 329.

[36] Arg. art. 338 du Code pénal. Besançon, 20 février 1860, Sir., 60, 2, 229. Cpr. Bordeaux, 27 février 1807, Sir., 7, 2, 163; Req. rej., 31 mai 1842, Sir., 42, 1, 490: Alger, 12 novembre 1866, Sir., 67, 2, 152.

que doivent posséder les témoins, et sur les causes pour lesquelles il est permis de les reprocher, sont également applicables en matière de séparation de corps [37]. Toutefois, les parents, autres que les descendants [38], et les domestiques ne sont pas reprochables, à raison de leur parenté ou de leur qualité ; ils doivent être entendus comme témoins, sauf au tribunal à avoir tel égard que de raison à leurs dépositions [39].

Par exception aux principes généraux en matière de preuve, l'aveu du défendeur ne forme pas, à lui seul, preuve complète de la vérité des faits allégués à l'appui d'une demande en séparation de corps [40]. Mais il pourrait et devrait même être pris en considération, s'il était corroboré par d'autres indices ou éléments de conviction [41].

[37] Arg. *a contrario*, art. 251. Cpr. Code de procédure, art. 283 à 285. — En jugeant que les causes de reproche indiquées en l'art. 283 du Code de procédure sont toutes inapplicables en matière de divorce ou de séparation de corps, et que les descendants des époux sont, aux termes de l'art. 251 du Code Napoléon, les seuls témoins réprochables en pareil cas, la Cour de cassation (Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., 15, 1, 128) nous semble avoir généralisé, contrairement à la règle *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*, les dispositions tout exceptionnelles de ce dernier article. Duranton, II, 607, à la note. Demolombe, IV, 480.

[38] Cette exception ne s'applique-t-elle qu'aux descendants communs, ou doit-elle être étendue aux descendants issus d'un précédent mariage? Voy. pour la première opinion : Rennes, 27 janvier 1840, Sir., 40, 2, 149. Voy. pour la seconde opinion : Douai, 16 août 1853, Sir., 54, 2, 135.

[39] Arg. art. 251. *Par est ratio. Non obstant* art. 307 du Code Napoléon et 879 du Code de procédure : il ne s'agit pas ici de simples formes d'instruction. Proudhon, I, p. 358. Toullier, II, 769. Duranton, II, 607. Massol, p. 116, nº 19. Demolombe, IV, 479. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 229. Paris, 12 décembre 1809, Sir., 15, 2, 202. Amiens, 5 juillet 1821, Sir., 22, 2, 237. Rennes, 22 janvier 1840, Sir., 40, 2, 149.

[40] Arg. art. 307 et 311 cbn. Code de procédure, art. 870. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, V, p. 280, nº 32). Locré, sur l'art. 307. Proudhon, I, p. 534 et 535. Duranton II, 602. Vazeille, II, 564. Favard, *Rép.*, vº Séparation entre époux, sect. II, § 2, nº 9. Massol, p. 114, nº 18. Marcadé, sur l'art. 306, nº 4. Demolombe, IV, 474. Zachariæ, § 476, texte et note 6. Cpr. Merlin, *Quest.*, vº Adultère, § 10, nº 3. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 759.

[41] Toullier, II, 759. Duranton, Vazeille, Favard et Marcadé, *locc. citt.* Demante, *Cours*, II, 8 *bis*, II. Zachariæ, *loc. cit.* Poitiers, 16 décembre 1852, Sir., 53, 2, 472. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 708. Req. rej., 29 avril 1862, Sir., 62, 1, 945.

D'un autre côté, le serment litis-décisoire ne peut être déféré sur des griefs servant de fondement à une demande en séparation de corps[42]; et le juge ne serait pas même autorisé à déférer, sur l'un ou l'autre de ces griefs, un serment supplétoire[43].

Lorsque la demande en séparation de corps est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, la preuve de ce fait doit être établie de la manière indiquée par l'art. 261.

§ 492.

Des personnes qui ont qualité pour former une demande en séparation de corps. — Des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande.

1° Le droit de demander la séparation de corps est exlusivement attaché à la personne des époux. Il ne saurait être exercé par leurs créanciers[1].

Ce droit s'éteint par la mort de l'un ou de l'autre des époux. La demande en séparation de corps ne peut être intentée, ni par les héritiers du conjoint prédécédé contre le survivant, ni par ce dernier contre les héritiers du premier[2]. Il y a plus : l'époux survivant ne serait pas recevable à suivre, contre les héritiers de son conjoint, l'action en séparation de corps qu'il avait formée avant le décès de celui-ci; et, réciproquement, les héritiers de l'époux prédécédé ne seraient pas admis à continuer, contre le conjoint survivant. l'action en séparation de corps introduite par leur auteur[3].

42 Toullier, X, 378. Merlin. *Rép.*, v° Serment, § 2, art. 2, n° 6. Favard, *Rép.*, *eod. v°*, sect. III, § 1, n° 6. Duranton. XIII, 574. Massol, p. 125, n° 24. Demolombe, IV, 475. Grenoble, 19 juillet 1838. Sir., 39, 2, 415.

43 Merlin, *op.*, *v° et loc. citt.* Massol et Demolombe, *locc. citt.*

1 Cpr. § 312, note 32. Demolombe, IV, 427.

2 La demande en séparation de corps est une action *vindictam spirans*, qui s'éteint par la remise de l'injure. Or, cette remise doit naturellement se présumer, lorsque la demande en séparation de corps n'a pas été introduite du vivant des deux époux. Cpr. art. 959. Voy. les auteurs cités à la note suivante.

3 L'opinion contraire est enseignée par Zachariæ (§ 492, texte *in fine*, et § 478, texte et note 2) pour le cas où, soit le conjoint survivant, soit les héritiers du prédécédé auraient un intérêt pécuniaire à faire judiciairement déclarer qu'il existait des motifs suffisants de séparation. Cpr. art. 299 et 1518. Voy. également en ce sens : Delvincourt, I, p. 190 ; Duranton, II, 580 ; Vazeille, II,

Mais rien n'empêche que le tuteur ou, le cas échéant, le subrogé-tuteur d'un interdit, ne puisse, avec l'autorisation du conseil de famille, former, au nom de son pupille, une demande en séparation de corps [4].

2° *a*. Les dispositions que contiennent les art. 272 à 274, sur les fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée, sont également applicables en matière de séparation de corps [5].

585. Mais il est à remarquer que, dans le système même qui étend l'application de l'art. 299 à la séparation de corps, la révocation de plein droit des avantages faits à l'époux défendeur, ne pourrait toujours résulter que d'une séparation prononcée, et qu'il ne saurait plus être question de la prononcer, lorsque le mariage a été dissous par la mort de l'un des époux. La même observation s'applique à la privation du préciput de communauté. D'un autre côté, les règles de la procédure s'opposent à ce que l'époux demandeur ou ses héritiers puissent convertir une demande en séparation de corps, devenue sans objet, en une action en révocation de donation pour cause d'ingratitude. Il restera sans doute, dans l'une ou l'autre des hypothèses indiquées au texte, une question de dépens à vider. Mais ce n'est pas là un motif suffisant pour autoriser la continuation de l'instance; et le tribunal devra décider cette question d'après les éléments de la procédure au moment où elle a été interrompue par la mort de l'un des époux, comme il est bien obligé de le faire dans des cas analogues, par exemple, en matière d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire, quand le défendeur vient à décéder dans le cours de l'instance. Massol, p. 22, n° 4. Marcadé, sur l'art. 307, n° 5. Taulier, I, p. 368. Demolombe, IV, 429 à 431. Lesenne, *Revue pratique*, 1869, XXVII, p. 491 et suiv. Paris, 6 juillet 1814, Sir., 15, 2, 272. Req. rej., 5 février 1851, Sir., 51, 1, 81. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 617 Paris, 10 février 1852, Sir., 53, 2, 77, Caen, 24 février 1855, Sir., 56, 2, 393. Rouen, 20 août 1863, Paris, 5 avril 1864. Metz, 30 août 1864, Sir., 64, 2, 224. Cpr. Caen, 3 mai 1864, Sir., *loc. cit.* Cet arrêt décide que les juges n'ont plus même, en pareil cas, le pouvoir de statuer sur les dépens.

[4] Arg. art. 450. Massol, p. 26, n° 5. Demolombe, IV, 428. Magnin, *Des minorités*, I, 193. Lesenne, *op. cit.*, p. 486 et suiv. Colmar, 16 février 1832, Sir., 32, 2, 612. Bordeaux, 17 mai 1858, Sir., 59, 2, 429. Rouen, 26 juillet 1864, Sir., 65, 2, 44. Cpr. Paris, 21 juin 1841, Sir., 41, 2, 488. Ce dernier arrêt a même décidé, que l'autorisation du conseil de famille n'était pas en pareil cas nécessaire. Mais il nous paraît avoir donné, sous ce rapport, une trop grande extension aux pouvoirs du tuteur. Cpr. § 114, texte et note 7.

[5] Arg. art. 306. Les causes de divorce et de séparation de corps étant les mêmes, et le législateur ne s'étant pas spécialement occupé des fins de non-recevoir qui pourraient être opposées à la demande en séparation de corps, il faut en conclure qu'il a été dans son intention d'étendre à cette dernière, les fins de

Ainsi, la demande en séparation de corps peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des deux époux, ou de la renonciation, expresse ou tacite, de l'époux au profit duquel le droit de demander la séparation de corps se trouvait ouvert[6], à supposer, bien entendu, que les faits dont on prétend faire résulter la réconciliation ou la renonciation, se soient passés à une époque où l'époux demandeur avait déjà obtenu connaissance des torts de son conjoint[7].

Cette exception peut être proposée contre toute demande en séparation de corps, quel qu'en soit le fondement: elle est même proposable contre la demande fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante[8].

La loi n'ayant pas déterminé les circonstances constitutives ou indicatives de la réconciliation, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider, si les faits dont on prétend la faire résulter, l'établissent ou non d'une manière suffisante[9]. Ils pourraient, en usant de leur pouvoir discrétionnaire, se refuser à voir une preuve complète de

non-recevoir admises en matière de divorce. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 1. Toullier, II, 761. Duranton, II, 563 et 564. Vazeille, II, 575. Proudhon et Valette, I, p. 532. Massol, p. 60, n° 1. Demolombe, IV, 402. Zachariæ, § 492, texte et note 1re. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 24, 2, 93.

6 Le Code ne parle, il est vrai, que de la réconciliation; mais ce qu'il en dit doit également s'appliquer à toute espèce de renonciation, lors même qu'elle résulterait de faits qui ne constitueraient pas une réconciliation proprement dite. En effet, la réconciliation elle-même ne forme une fin de non-recevoir dans la matière qui nous occupe, que parce qu'elle emporte nécessairement renonciation à l'action ouverte au profit de l'époux offensé. Toute autre espèce de renonciation doit donc produire les mêmes effets. Zachariæ, § 477, texte et note 1re. Cpr. art. 232; texte et note 8 *infra*.

7 Massol, p. 67, n° 2. Demolombe, IV, 405. Zachariæ, § 477, texte et note 4 *bis*. Limoges, 21 juin 1835, Sir., 35, 2, 469.

8 Rien ne s'oppose, ni d'après le texte de la loi, ni d'après la nature de la séparation de corps, à ce que l'un des époux renonce valablement au droit de la demander à raison de la condamnation à une peine infamante qui aurait été prononcée contre l'autre. Duranton, II, 572 et 573. Massol, p. 68, n° 4. Demolombe, IV, 404. Zachariæ, § 477, texte et note 2. Voy. cep. en sens contraire: Locré, sur l'art. 272; Delvincourt, I, p. 193; Rouen, 8 février 1841, Dalloz, 1841, 192.

9 Zachariæ, § 477, note 3. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Req. rej., 12 novembre 1862, Sir., 63, 1, 214. Cpr. Besançon, 20 février 1860, Sir., 60, 2, 229.

réconciliation dans la cohabitation des époux continuée pendant un temps plus ou moins long, dans le retour momentané de la femme au domicile conjugal, et même dans le fait de sa grossesse [10]. A plus forte raison, pourraient-ils ne pas s'arrêter au désistement donné par le mari, de la plainte en adultère qu'il avait portée contre sa femme [11].

Du reste, il est indifférent que la réconciliation soit antérieure ou postérieure à l'introduction de la demande en séparation, et qu'elle ait duré plus ou moins longtemps [12].

La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation ou de la renonciation peut être proposée en tout état de cause, et même en instance d'appel [13].

Les faits de réconciliation ou de renonciation peuvent être établis au moyen des différents genres de preuve que la loi autorise. Art. 274. L'aveu de l'époux auquel on oppose la fin de non-recevoir qui en résulte, suffit même pour qu'ils soient réputés constants [14]. D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce que l'époux défendeur ne défère au demandeur, le serment litis-décisoire sur le fait de la réconciliation [15].

10 Duranton, II, 571 à 573. Vazeille, II, 576. Marcadé, sur l'art. 307, n° 3. Demolombe, IV, 410 à 413. Besançon, 1er février 1806, Sir., 6, 2, 401. Paris, 16 avril 1807, Sir., 7, 2, 661. Req. rej., 25 mai 1808, Sir., 8, 1, 412. Gênes, 10 août 1811, et Rennes, 1er avril 1814. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III et IV. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Paris, 21 novembre 1840, Sir., 41, 2, 68. Bordeaux, 4 juillet 1843, Sir., 43, 2, 573.

11 Rouen, 18 novembre 1847, Sir., 48, 2, 83.

12 Zachariæ, § 477, texte et note 4, et note 3. — Les jugements qui, après avoir admis l'existence de la reconciliation, rejeteraient la fin de non-recevoir qu'elle entraîne, sous prétexte de sa courte durée, encourraient la censure de la cour de cassation. Demolombe, IV, 406. Crim. cass., 8 décembre 1832, Sir., 33, 1, 528.

13 Arg. art. 2224, et Code de procédure, art. 464. En jugeant le contraire, par arg. de l'art. 256 du Code de procédure, la Cour d'Aix (21 décembre 1831, Sir., 33, 2, 518) nous paraît avoir fait une fausse application de cet article. Massol, p. 111, n° 16. Demolombe, IV, 421.

14 Arg. art. 274. Demolombe, IV, 420.

15 Arg. art. 274. Trèves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20. Voy. en sens contraire : Massol, p. 125, n° 24; Demolombe, IV, 420. L'opinion de ces auteurs nous semble contraire à l'esprit de la loi, aux yeux de laquelle la réconciliation est éminemment favorable. Si l'aveu du demandeur est suffisant pour établir le fait de la réconciliation, on ne voit pas pourquoi le défendeur ne serait pas, à

Lorsqu'une demande en séparation de corps a été écartée au moyen de la fin de non-recevoir dont s'agit, et que postérieurement il survient de nouvelles causes de séparation, l'époux dont la première demande a été rejetée, est non-seulement autorisé à en former une seconde à raison de ces nouvelles causes, mais encore à invoquer, à l'appui de sa demande actuelle, les faits antérieurs à la réconciliation ou à la renonciation [16]. Il importe peu, à cet égard, que ces faits aient été articulés ou non dans la première demande [17], et qu'ils soient ou non de même nature que ceux à raison desquels la seconde demande a été formée [18]. Art. 273.

A plus forte raison, l'époux qui intente, pour la première fois, une demande en séparation de corps, est-il autorisé à repousser l'exception de réconciliation ou de renonciation qu'on oppose à quelques-uns des faits invoqués à l'appui de sa demande, en prouvant qu'il s'est passé, postérieurement à la réconciliation ou à la renonciation, de nouveaux faits qui ont fait revivre les anciens [19]. Arg. *a fortiori*, art. 273.

b. Une demande en séparation de corps peut être repoussée par l'exception résultant de la chose jugée, lorsque cette demande est

défaut de preuve, admis à lui déférer le serment sur ce fait. Tout ce qu'il est permis de dire, c'est que le juge, qui trouverait dans la procédure des éléments de conviction suffisants pour reconnaître l'existence de la réconciliation, pourrait la déclarer constante sans s'arrêter à la délation du serment.

[16] Il résulte évidemment de là, que la seconde demande devrait être accueillie, quoique les nouveaux faits ne fussent point, par eux-mêmes, assez graves pour motiver la séparation, si, par leur réunion aux anciens faits, ils se trouvaient avoir un degré de gravité suffisant. Autrement entendu, l'art. 273 ne concéderait qu'une faculté complétement illusoire. Duranton, II, 566. Massol, p. 70, nº 5. Demolombe, IV. 423. Zachariæ, § 477, texte et note 6. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202. Trèves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20. Cpr. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202.

[17] Duranton, II, 567. Demolombe, IV, 425. Vazeille, II, 580. Paringault, *Revue pratique*, 1860, IX, p. 193. Zachariæ, § 477, note 6, *in fine*. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 24, 2, 93. Cpr. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., 15, 1, 128.

[18] Ainsi, des faits de sévices et d'injures peuvent faire revivre des faits d'adultère, et réciproquement. Vazeille, II, 577. Massol, p. 71, nº 6. Demolombe, IV, 424. Toulouse, 30 janvier 1821, Sir., 21, 2, 344. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 708.

[19] Vazeille, II, 581. Zachariæ, § 477, texte et note 7. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., 15, 1, 128. Voy. aussi les autorités citées aux trois notes précédentes.

uniquement fondée sur des faits articulés à l'appui d'une demande antérieurement rejetée. Mais le rejet d'une demande précédente ne formerait aucun obstacle à l'introduction d'une demande subséquente, fondée sur des faits nouveaux, fussent-ils de même nature que les anciens [20]. On pourrait même, en pareil cas, se prévaloir, sans violer l'autorité de la chose jugée, des anciens faits qui n'auraient été primitivement écartés, qu'à raison de leur peu de gravité, ou de l'insuffisance des preuves qu'on avait produites pour les établir [21]. Cpr. art. 1351.

c. L'exception résultant de la prescription trentenaire [22] est également, le cas échéant [23], proposable contre une demande en séparation de corps, uniquement fondée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans, et que n'auraient pas fait revivre des faits plus récents [24].

d. La demande en séparation de corps n'est pas recevable, lorsque le demandeur a donné les mains aux faits illicites sur lesquels elle est fondée, par exemple, lorsque le mari a consenti à la prostitution de sa femme [25].

Si les deux époux se sont réciproquement rendus coupables des

20 Merlin, *Rép.*, vº Séparation de corps, § 2, nº 3. Vazeille, II, 578 et 579.

21 Arg. art. 273. Duranton, II, 568. Vazeille, II, 579. Demolombe, IV, 425. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 22, 2, 93. Req. rej., 13 mars 1860, Sir., 61, 1, 74.

22 L'art. 277 n'est point applicable à la séparation de corps, puisqu'il ne l'était pas même au divorce pour cause déterminée. Zachariæ, § 477, note 8, *in fine*. Trèves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20.

23 C'est-à-dire, s'il n'y a pas eu, avant le terme de la prescription, de réconciliation entre les époux, ou si, en cas de réconciliation, l'époux défendeur préfère invoquer la prescription, pour ne pas être obligé de rapporter la preuve des faits de réconciliation.

24 Art. 2262. Merlin, *Quest.*, vº Adultère, § 9, nº 2, p. 177, note 2. Zachariæ, § 477, texte et note 8. Voy. en sens contraire : Massol, p. 72, à la note ; Demolombe, IV, 409. En invoquant à l'appui de leur opinion l'art. 2253, ces auteurs n'ont pas remarqué que cet article est nécessairement étranger à l'action en séparation de corps, puisque, d'une part, cette action ne peut être intentée que pendant le mariage, et que, d'autre part, le principal motif sur lequel repose la suspension de prescription, admise entre époux dans le but d'écarter tout ce qui pourrait troubler la paix du ménage, disparaît ici complétement.

25 Vazeille, II, 584. Demolombe, IV, 415. Zachariæ, § 477, texte et note 9. Cpr. Merlin, *Quest.*, vº Adultère, § 9, nº 2, p. 177, note 3; Paris, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 14.

mêmes faits, l'un à l'égard de l'autre, ou si les fautes de l'un ont provoqué, de la part de l'autre, des fautes d'une nature différente, il ne résulte pas de là une exception de compensation, à l'aide de laquelle le défendeur puisse faire rejeter, comme non recevable, la demande en séparation de corps intentée contre lui [26].

Mais les tribunaux sont autorisés à prendre en considération cette réciprocité de torts, soit pour apprécier le plus ou moins de gravité des griefs dont se plaint le demandeur en séparation, et pour rejeter, le cas échéant, la demande, comme n'étant pas suffisamment motivée [27], soit pour décider les questions relatives à la garde des enfants [28].

D'un autre côté, l'époux défendeur serait, en pareil cas, admis à former une demande reconventionnelle en séparation de corps [29]. Une pareille demande ne peut toutefois être présentée qu'en première instance. Elle ne serait plus recevable en instance d'appel [30].

26 Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 8, n° 2; et § 10, n° 2. Toullier, II, 764. Marcadé, sur l'art. 307, n° 4. Demolombe, IV, 415 et 416. Zachariæ, § 477, texte et note 10. Orléans, 16 août 1820, Sir., 21, 2, 134. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., 21, 1, 349. Req. rej., 30 mars 1859, Sir., 59, 1, 601. Paris, 9 juin 1860, Sir., 60, 2, 449. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 574 à 576; Vazeille, II, 536; Valette, sur Proudhon, I, p. 522, note *a*; Massol, p. 39, n° 4, et p. 85, n° 13.

27 Merlin, *Rép.*, v° Divorce, sect. IV, § 12. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, n° 6. Zachariæ, § 477, texte et note 11. Req. rej., 14 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 908. Metz, 7 mai 1807, Sir., 7, 2, 649. Toulouse, 9 janvier 1824, Sir., 24, 2, 170. Douai, 19 novembre 1846, Sir., 48, 2, 521. Montpellier, 7 juin 1853, Sir., 55, 2, 573. Req. rej., 4 décembre 1855, Sir., 56, 1, 814. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente.

28 Cpr. § 494, texte n° 2, et notes 13 à 17.

29 Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IV, 416. Cpr. Bordeaux, 23 janvier 1866, Sir., 66, 2, 108.

30 Leseane, *Revue critique*, 1870, XXXVI, p. 247. Dutruc, Sir., 64, 2, 89, à la note. Toulouse, 14 mai 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 306. Angers, 8 avril 1840, Sir., 40, 2, 411. Paris, 21 août 1868, Sir., 68, 2, 352. Cpr. Civ. cass., 4 mai 1859, Sir., 59, 1, 609. Voy. en sens contraire : Demolombe, IV, 437; Nancy, 21 janvier 1858 et 16 décembre 1859, Sir., 58, 2, 75, et 60, 2, 272. Cette dernière opinion nous paraît devoir être écartée par le motif qu'il ne saurait dépendre de l'un des époux de priver l'autre du bénéfice des deux degrés de juridiction. En vain opposerait-on l'art. 464 du Code de procédure : une demande en séparation de corps, produite sous forme de reconvention, ne peut tendre à compensation, et ne constitue pas une simple défense à la demande principale.

La demande en séparation de biens, qu'elle ait été admise ou rejetée, ne forme point, par elle-même, obstacle à la demande en séparation de corps, que la femme intenterait ultérieurement[31].

§ 493.

De la procédure à suivre sur la demande en séparation de corps. — Des mesures provisoires auxquelles cette demande peut donner lieu.

1° La procédure particulière que tracent, pour la demande en divorce, les art. 234 et suivants du Code Napoléon, ne s'applique point à la demande en séparation de corps, qui doit, en général et sauf les règles spéciales indiquées aux art. 875 et suivants du Code de procédure, être intentée, instruite, et jugée de la même manière que toute autre action civile. Art. 307. Il en est ainsi, lors même que la demande est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. La procédure sommaire, introduite pour ce cas par l'art. 261, ne peut être étendue de la matière du divorce à celle de la séparation de corps[1].

31 Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 2. Toullier, II, 763. Duranton, II, 579. Vazeille, II, 583. Massol, p. 81, n° 11. Demolombe, IV, 418. Zachariæ, § 492, texte et note 2. Req. rej., 23 août 1809, Sir., 9, 1, 434. Limoges, 3 juillet 1839, Dalloz, 1840, 2, 55. Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 48. — On jugeait autrefois le contraire. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 2.

1 L'art. 307 est trop absolu pour qu'on puisse se permettre une extension qui serait en opposition manifeste avec le texte de cet article. On le peut d'autant moins, qu'en suivant la procédure sommaire, introduite par l'art. 261 contrairement au Droit commun, on placerait le condamné dans la nécessité d'attaquer par opposition le jugement sur requête qui aurait admis la demande en séparation de corps, contre laquelle il avait des exceptions à faire valoir : *Quod contra rationem juris receptum est, non producendum ad consequentias.* Toullier, II, 771. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n° 11. Chauveau, sur Carré, quest. 2968. Marcadé, sur l'art. 307, n° 1. Demolombe, IV, 125. Lair, *Revue critique*, 1867, XXI, p. 137. Bertin, *Chambre du conseil*, II, 967 et suiv. Valette, *Explication sommaire*, p. 145. Zachariæ, § 493, texte et note 4. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 193 ; Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 552 ; Carré, *Lois de la procédure civile*, III, quest. 2968 ; Duranton, II, 568 ; Massol, p. 106, n° 12 ; Demante, *Cours*, II, 9 *bis*, V ; Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 49 ; Colmar, 15 juillet 1846, Sir., 47, 2, 196. Paris, 19 août 1847, Sir.,

La demande en séparation de corps se porte au tribunal du domicile du mari ; et ce tribunal resterait compétent pour en connaître, quand même ce dernier viendrait à changer de domicile après l'essai de conciliation dont il va être parlé, et avant l'assignation [2].

La demande en séparation de corps doit être précédée d'un essai de conciliation, auquel il est procédé d'après le mode spécial indiqué aux art. 875 à 878 du Code de procédure, et ce, à peine de nullité de toute procédure ultérieure [3]. Cependant, ce préliminaire devient sans objet et n'est plus exigé, lorsque la demande est formée reconventionnellement par l'époux défendeur à une action principale en séparation de corps [4], comme aussi dans le cas où la demande est introduite par le tuteur d'un époux interdit [5].

47, 2, 524 ; Paris, 3 février 1852, Sir., 52, 2, 60 ; Dijon, 28 décembre 1864, Sir., 65, 2, 124 ; Caen, 13 mai 1867, Sir., 68, 2, 112 ; Bordeaux, 11 août 1868, Sir., 69, 2, 14.

2 Code de procédure, art. 875, cbn. Code Napoléon, art. 108. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2965. Proudhon, I, p. 535. Vazeille, II, 562. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 345, note *a*. Demolombe, IV, 447. Req. régl., 27 juillet 1825, Sir., 25, 1, 264. Paris, 7 août 1835, Sir., 35, 2, 493. — Une étrangère, dont le mari n'a point été admis à établir son domicile en France, peut-elle porter devant les tribunaux français une demande en séparation de corps ? Voy. pour la négative : § 748 *bis*, texte n° 3.

3 Paris, 3 juin 1854, Sir., 54, 2, 647.

4 Arg. Code de procédure, art. 48 et 49. Demolombe, IV, 436. Bourges, 24 mars 1840, Sir., 40, 2, 503. Bordeaux, 4 juillet 1843, Sir., 43, 2, 573. Rennes, 12 février 1844, Pal., 1844, 1, 525. Civ. rej., 27 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Nancy, 2 janvier 1858, Sir., 58, 2, 75. Nancy, 16 décembre 1859, Sir., 60, 2, 272. Pau, 19 avril 1864, Sir., 64, 2, 89. Orléans, 29 juillet 1864, Sir., 64, 2, 188 et 189. Colmar, 24 novembre 1864, Sir., 65, 2, 58. Bordeaux, 23 août, et Aix, 4 décembre 1865, Sir., 66, 2, 60. Voy. en sens contraire : Massol, p. 96, n° 3 ; Rodière, *Procédure civile*, III, p. 378 ; Dutruc, Sir., 64, 2, 89, à la note ; Lesenne, *Revue critique*, 1870, XXXVI, p. 241 et suiv. ; Paris, 10 mars 1864, Sir., 64, 2, 89 à 91 ; Bordeaux, 11 juillet 1864, Sir., 64, 2, 188 ; Agen, 30 novembre 1864, Paris, 13 janvier et 23 février 1865, Sir., 65, 2, 58 et 59. — Mais une demande en séparation de corps ne pourrait être reconventionnellement formée à une demande principale en réintégration du domicile conjugal, sans accomplissement du préliminaire prescrit par les art. 875 et suiv. du Code de procédure. Civ. cass., 4 mars 1859, Sir., 59, 1, 609.

5 Massol, p. 107, n° 13. Demolombe, IV, 438. Voy. en sens contraire : Lesenne, *op. cit.*, p. 228 et 229.

En cas de non-conciliation, le président n'est pas autorisé à soumettre à un sursis, l'introduction de la demande[6]; il doit renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal, sauf, s'il le juge convenable, à prolonger l'épreuve de conciliation, en leur ordonnant de se présenter de nouveau devant lui à un jour rapproché[7].

Du reste, il n'est pas nécessaire de renouveler, au bureau de paix, la tentative de conciliation[8]. D'un autre côté, la demande n'a pas besoin d'être affichée et publiée, ainsi que cela doit avoir lieu en matière de séparation de biens[9].

La demande en séparation de corps s'instruit dans les mêmes formes que les autres demandes. Art. 307. Code de procédure, art. 879. Les enquêtes doivent avoir lieu comme en matière ordinaire; elles ne peuvent être faites sommairement et à l'audience[10].

Le demandeur est recevable à proposer, à l'appui de sa demande, des faits qui n'auraient pas été indiqués dans sa requête introduc-

[6] Paris, 26 mai 1869, Sir., 69, 2, 206.

[7] Massol, p. 110, n° 15. Demolombe, IV, 441 et 442. Cpr. Lesenne, *op cit.*, p. 232 et suiv. Paris, 20 mai et 15 juillet 1844, Sir., 44, 2, 563 et 565.

[8] La dernière partie de l'art. 878 du Code de procédure est, dans l'édition officielle, ponctuée ainsi qu'il suit : *il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable, au bureau de conciliation*. Mais cette ponctuation est évidemment vicieuse, et le véritable sens de la loi est celui que nous avons indiqué au texte. *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 156, n° 17). Carré, *op. cit.*, III, p. 245, quest. 2972. Duranton, II, 594, à la note. Rauter, *op. cit.*, § 345, note *d*. Massol, p. 108, n° 14. Demolombe, IV, 444. Req. rej., 17 janvier 1822, Sir., 22, 1, 196.

[9] *Non obstat*, art. 311 : Arg. *a contrario* Code de procédure, art. 880, cbn. 866 à 868 et 872. Voy. aussi: art. 307 cbn. Code de procédure, art. 879. Merlin. *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 10. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2973. Duranton, II, 598, à la note. Massol, p. 135, n° 29. Demolombe, IV, 448. Voy. en sens contraire : Pigeau, *op. cit.*, II, p. 527.

[10] Carré. *op. cit.*, III, quest. 2982. Duranton, II, 606. Demolombe, IV, 478. Colmar, 22 avril 1807, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. — La disposition de l'art. 293 du Code de procédure est-elle applicable en matière de séparation de corps? Voy. pour la négative : Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, n° 1134 *bis*; Rodière, *Procédure civile*, II, p. 156; Bonnier, *Des preuves*, n° 174 ; Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173 ; Nancy, 28 décembre 1860, Sir., 61, 2, 192. — Voy. pour l'affirmative : Douai, 5 novembre 1860 et 13 mars 1869, Sir., 61, 2, 260, et 69, 2, 238. Mais on admet, dans cette dernière opinion, que les juges peuvent d'office, en vertu de l'art. 254 du Code de procédure, ordonner la preuve des faits propres à éclairer leur religion.

tive[11]. Le tribunal pourrait même, après le jugement qui a ordonné l'enquête, l'autoriser, selon les circonstances, à faire preuve de faits non encore allégués, qu'ils fussent antérieurs ou postérieurs à l'introduction de la demande[12]. D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce que le demandeur fasse valoir en instance d'appel, des faits qu'il n'aurait pas articulés en première instance[13].

La demande en séparation de corps se juge de la même manière que toute autre demande, et sur les conclusions du ministère public[14]. Art. 307. Code de procédure, art. 879.

Le jugement qui statue sur une demande en séparation de corps, est toujours susceptible d'appel. Mais l'époux contre lequel il a été rendu, peut valablement y acquiescer, ou se désister de l'appel qu'il en aurait interjeté[15].

11 L'art. 875 du Code de procédure n'attache à cette omission, aucune déchéance ; et il est d'autant moins permis d'en créer une, que cet article n'exige qu'une indication sommaire des faits. Duranton, II, 600. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2966. Vazeille, II, 582. Massol, p. 111, n° 16. Demolombe, IV, 482. Req. rej., 26 mai 1807, Sir., 7, 1, 483. Metz, 8 juillet 1824, Sir., 25, 2, 331.

12 Demolombe, *loc. cit.* Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*; Bruxelles, 27 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 259. Cpr. aussi : Poitiers, 21 janvier 1808, Sir., 13, 2, 300.

13 Vazeille, Massol et Demolombe, *locc. citt.* Zachariæ, § 493, note 1. Poitiers, 18 février 1825, Sir., 27, 2, 261. Bruxelles, 14 octobre 1830, Sir., 31, 2, 60. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173. Req. rej., 3 avril 1865, Sir., 65, 1, 255. Poitiers, 1er avril 1867, Sir., 68, 2, 349. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 602 ; Carré, *op. cit.*, III, quest. 2967 ; Paris, 23 avril 1806, Sir., 6, 2, 248. Cpr. aussi : Rouen, 12 janvier 1842, Sir., 42, 2, 373.

14 Est nul, le jugement qui ne constate pas, que le ministère public a été entendu. Grenoble, 23 janvier 1865, Sir., 65, 2, 204.

15 Cette proposition n'est pas contestée en ce qui concerne l'époux demandeur, qui a succombé en première instance. Demolombe, IV, 489. Mais elle est vivement controversée relativement à l'époux défendeur, contre lequel la séparation de corps a été prononcée. En sens contraire de l'opinion que nous avons émise, on invoque la disposition de l'art. 307, qui prohibe toute séparation volontaire, et le motif d'ordre public sur lequel cette disposition repose. Mais il nous semble que, du moment où la séparation a été prononcée par un jugement, on ne peut plus dire qu'elle soit le résultat du consentement mutuel des époux ; et que l'intérêt public se trouve suffisamment garanti par l'examen auquel s'est livré le juge de première instance. Voy. dans le sens de notre opinion : Aix, 14 décembre 1837, Sir., 38, 2, 290 ; Civ. rej., 21 août 1838, Sir., 38, 1, 688 ; Poitiers, 16 janvier 1849, Sir., 51, 2, 35 ; Pau, 7 janvier 1851, Sir., 51, 2, 36 ; Civ.

L'appel se juge en audience ordinaire[16], à moins que la cause ne soit connexe à une demande de nature à être jugée en audience solennelle [17].

Le juge n'est pas, comme au cas de divorce, autorisé à surseoir, pendant une année, au jugement définitif d'une demande en séparation de corps, qui aurait été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves[18]. Le pourvoi en cassation n'est pas non plus suspensif, comme en matière de divorce[19].

Le jugement qui prononce la séparation de corps, doit être publié et affiché dans les formes prescrites par l'art. 872 du Code de procédure. Art. 880 de ce Code. Code de commerce, art. 66.

rej., 11 mai 1853, Sir., 53, 1, 574; Orléans, 5 novembre 1853, Sir., 54, 2, 241 ; Colmar, 26 janvier 1854, Sir., 54, 2, 506. Cpr. cep. Req. rej., 2 janvier 1823, Sir., 23, 1, 88. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 760; Duranton, II, 608; Demolombe, IV, 488; Caen, 15 décembre 1826, Sir., 27, 2, 190; Douai, 31 juillet 1847, Sir., 48, 2, 39; Caen, 28 mars 1849, Sir., 50, 2, 503.

[16] D'après l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, les contestations intéressant l'état civil des citoyens doivent être jugées, sur appel, en audience solennelle. La cour d'Angers avait, par arrêt du 9 décembre 1808 (Sir., 15, 2, 201), appliqué cette disposition aux demandes en séparation de corps. Mais l'opinion contraire, consacrée par la Cour de cassation, avait généralement prévalu. Cpr. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2979; Rouen, 9 mars 1808, Sir., 15, 2, 201; Req. rej., 26 mars 1828, Sir., 28, 1, 339; Req. rej., 28 mai 1828, Sir., 28, 1, 234. En 1835, la Cour suprême revint sur sa première jurisprudence, et consacra, par différents arrêts de cassation, l'opinion qu'avait émise la Cour d'Angers. Cpr. Sir., 35, 1, 166. Dans cet état des choses, il fut rendu, sous la date du 16 mai 1835, sur le rapport du garde des sceaux (Sir., 35, 2, 275), une ordonnance qui, en déclarant modifier en ce point l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, statua que les affaires de séparation de corps seraient jugées, sur appel, en audience ordinaire. Depuis, on a contesté, mais sans succès, la légalité de cette ordonnance. Voy. Req. rej., 11 janvier 1837, Sir., 37, 1, 640; Req. rej., 26 mars 1838, Sir., 38, 1, 545; Req. rej., 19 juillet 1852, Sir., 52, 1, 812.

[17] Montpellier, 1er février 1866, Sir., 66, 2, 325. Req. rej., 17 mars 1868, Sir., 68, 1, 267. Cpr. Req. rej., 23 mai 1860, Sir., 60, 1, 958; Req. rej., 22 mars 1864, Sir., 64, 1, 207.

[18] Cpr. art. 259. Duranton, II, 610. Demolombe, IV, 486. Montpellier, 1er prairial an XIII, Sir., 13, 2, 300. Bastia, 2 août 1824, Dalloz, 1825, 2, 214. Rennes, 21 février 1826, Sir., 28, 2, 167. Voy. en sens contraire : Carré, *op. cit.*, III, quest. 2985; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, n° 10; Massol, p. 132, n° 27.

[19] Cpr. art. 263. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2987. Duranton, II, 605 et 609. Demolombe, IV, 492.

Les créanciers du mari ne sont pas admis à intervenir dans l'instance en séparation de corps ; ils ont seulement la faculté de surveiller la liquidation des droits de la femme, pour empêcher qu'elle ne soit faite à leur préjudice [20].

2° Les dispositions des art. 267 à 271, sur les mesures provisoires ou conservatoires auxquelles pouvait donner lieu une demande en divorce, sont, sous les modifications qui résultent de l'art. 307 du Code Napoléon et de l'art. 878 du Code de procédure, généralement applicables en matière de séparation de corps[21]. Ce principe d'assimilation conduit aux conséquences suivantes :

a. La femme, demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, peut se faire autoriser à quitter pendant l'instance le domicile marital; et, lorsqu'elle use de cette faculté, elle a également le droit de réclamer la remise des effets à son usage journalier. Code de procédure, art. 878. Le président, que la loi charge de statuer sur ces demandes [22], ne peut refuser d'y faire droit [23]. Il lui appartient également d'indiquer le lieu où la femme devra se retirer, quand les parties n'en sont pas convenues entre elles. Code de procédure, art. 878. Il pourrait même, suivant les circonstances, autoriser la femme à demeurer au domicile conjugal, et enjoindre au mari de le quitter [24].

[20] Carré, *op. cit.*, III, quest. 2980. Rauter, *op. et loc. citt.* Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 516, texte et note 5.

[21] Cpr. § 490. Delvincourt, I, part. I, p. 84 et 85. Duranton, II, 612 à 616. Vazeille, II, 567 à 574. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 180. Lassaulx, II, 150. Grolmann, III, 467. Demolombe, IV, 449. Zachariæ, § 493, texte et note 6. Bruxelles, 11 août 1808, Sir., 9, 2, 47.

[22] La compétence du président s'étend aussi bien au cas où la femme est défenderesse, qu'à celui où elle est demanderesse. *Lex non distinguit.* Duranton, IV, 596. Demolombe, IV, 455. Req. rej., 26 mars 1828, Sir., 28, 1, 339. Caen, 25 août 1840, Sir., 41, 2, 569. Voy. cep. Vazeille, II, 569.

[23] Paris, 15 juillet 1844, Sir., 44, 2, 563 et 565. Nancy, 17 août 1854, Sir., 54, 2, 771. Colmar, 22 mai 1861, Sir., 61, 2, 36. Voy. cep. Paris, 20 mai 1844, Sir., 44, 2, 563.

[24] Demolombe, IV, 457. Paris, 2 août 1841, Sir., 41, 2, 473. Douai, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 520. Douai, 6 avril 1853, Sir., 53, 2, 714. Paris, 13 décembre 1856, Sir., 57, 2, 259. Paris, 27 janvier 1857, Sir., 57, 2, 259. Caen, 1er avril 1857, Sir., 57, 2, 570. Paris, 17 juin 1858, Sir., 59, 2, 45. Dijon, 18 décembre 1859, Sir., 60, 2, 270. Colmar, 23 mai 1860, Sir., 60, 2, 482. Paris, 1er février 1864, Sir., 65, 2, 96. Voy. en sens contraire : Limoges, 21 mai 1845, Sir., 48, 2, 654 et 655.

Ses ordonnances, en pareille matière, sont susceptibles d'appel[25], à moins que, rendues de l'assentiment commun des parties, elles ne se trouvent, par cela même, à l'abri de tout recours[26].

La femme, autorisée à vivre provisoirement séparée de son mari, peut, d'un autre côté, réclamer de celui-ci une provision alimentaire, proportionnée à ses facultés, à supposer que les biens dont elle a conservé la jouissance, ne lui fournissent pas des ressources suffisantes pour son entretien[27]. Cette demande, qui n'est plus de la compétence du président seul, doit être portée à l'audience. Art. 268 cbn. Code de procédure, art. 878.

Enfin, la femme peut demander au tribunal saisi de la contestation, l'allocation d'une provision, destinée à subvenir aux frais du procès, si ses moyens personnels sont insuffisants pour y faire face[28].

Lorsque la femme abandonne sans autorisation le domicile conjugal, ou quitte la résidence qui lui a été assignée, le mari est

25 Pau, 18 janvier 1830, Sir., 30, 2, 183. Paris, 15 juillet 1844, Sir., 44, 2, 563, Limoges, 21 mai 1845, Sir., 48, 2. 654 et 655. Douai, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 520. Caen, 1er avril 1857, Sir., 57, 2, 570. Paris, 17 juin 1858, Sir., 59, 2, 45. Colmar, 23 mai 1860, Sir., 60, 2, 488. Paris, 1er février 1864, Sir., 65, 2, 96. Voy. en sens contraire : Paris, 2 août 1841, Sir., 43, 2, 473 ; Rouen, 3 mai 1847, Sir., 48, 2, 654 ; Rennes, 14 août 1851, Sir., 51, 2, 352 ; Dijon, 12 août 1856, Sir., 57. 2, 529. La plupart de ces derniers arrêts semblent partir de l'idée, que la décision du président est essentiellement provisoire, et ne doit avoir d'effet légalement obligatoire que jusqu'au moment ou le tribunal se trouvera saisi de la demande en séparation de corps, de telle sorte que l'appel serait non recevable, comme étant sans objet; sauf aux parties à demander, par voie d'incident, la modification des mesures ordonnées par le président. Ce point de vue nous paraît inexact : la décision du président est provisoire sans doute ; mais, sauf rétractation, son effet doit durer jusqu'au jugement qui statue sur la demande en séparation : et l'appel d'une pareille décision est recevable, par cela même que la loi ne l'a pas interdit.

26 Cpr. Req. rej., 15 février 1859, Sir., 59, 1, 201 ; Dijon, 28 décembre 1859, Sir., 60, 2, 270.

27 Cpr. Duranton, II, 595 à 597 ; Demolombe, IV, 458 ; Aix, 29 frimaire an XIII, Sir., 5, 2, 34 ; Amiens, 4 prairial an XII, et 5 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 137 et 223 ; Angers, 18 juillet 1808, Sir., 9, 2, 117. Req. rej., 9 mars 1869, Sir., 70, 1, 264.

28 Duranton, II, 595. Demolombe, *loc. cit.* Bruxelles, 12 floréal an XII, *Jurisprudence du Code civil*, II, 141. Cpr. Douai, 19 novembre 1846, Sir., 48, 2, 521 ; Civ. cass., 30 avril 1862, Sir., 62, 1, 449 ; Paris, 22 février 1864, Sir., 64, 2, 223 ; Caen, 13 avril 1864, Sir., 64, 2, 205.

autorisé à refuser le paiement de la provision alimentaire, auquel il a été condamné. Art. 269. Mais il n'est pas, à raison de cette circonstance, admis à s'opposer à la continuation des poursuites dirigées contre lui aux fins de séparation [29].

b. La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, est, à partir de l'ordonnance dont parle l'art. 878 du Code de procédure, et sans permission préalable du juge [30], autorisée à requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté [31]. Art. 270. Comme conséquence de cette faculté, elle peut également provoquer la levée des scellés avec inventaire [32], et demander que les deniers communs soient déposés à la caisse des consignations [33]. Elle peut même, mais avec l'autorisation du juge, saisir-arrêter, par mesure conservatoire, jusqu'à concurrence du mon-

[29] *Non obstat*, art. 269 : L'exception que cet article accordait au mari défendeur en divorce, n'était point une exception péremptoire, mais une simple fin de non-procéder. Civ. cass., 16 janvier 1815, Sir., 16, 1, 321.. La disposition de cet article ne constituait donc qu'une règle de procédure qui, d'après la combinaison des art. 307 du Code Napoléon et 879 du Code de procédure, ne peut être étendue du divorce à la séparation de corps. Duranton, II, 568. Marcadé, sur l'art. 307, n° 2. Taulier, I, p. 366. Vazeille, II, 568. Zachariæ, § 493, note 8, *in fine*. Bordeaux, 21 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 69. Trèves, 8 janvier 1808, Sir., 8, 2, 15. Turin, 12 février 1811, Sir., 11, 2, 436. Bruxelles, 26 décembre 1811, Sir., 12, 2, 250. Civ. rej., 27 janvier 1819, Sir., 19, 1, 165. Bordeaux, 6 janvier 1835, Sir., 35, 2, 347, Poitiers, 15 août 1836, Sir., 36, 2, 461. Agen, 14 mars 1865, Sir., 65, 2, 131. Cpr. Req. rej., 14 mars 1816, Sir., 17, 1, 8; Req. rej., 25 novembre 1841, Sir., 42, 1, 73; Req. rej., 29 juin 1868, Sir., 68, 1, 402. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, I, p. 537; Massol, p. 87, n° 14; Demolombe, IV, 414; Agen, 17 mars 1842, Sir., 42, 2, 315 ; Metz, 17 janvier 1855, Sir., 55, 2, 241. Cpr. aussi : Paris, 13 juillet 1870, Sir., 70, 2, 268.

[30] Vazeille, II, 573. Massol, p. 163, n° 14. Demolombe, IV, 470. Lyon, 1er avril 1854, Sir., 54, 2, 587. Voy. cep. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 346, note *a*.

[31] Carré, *op. cit.*, III, quest. 2976. Proudhon, I, p. 357. Duranton, II, 613. Massol, p. 160, n° 13. Marcadé, sur l'art. 307, n° 2. Demolombe, IV, 461. Bruxelles, 11 août 1808, Sir., 9, 2, 87.

[32] Code de procédure, art. 930 et 941. Angers, 16 avril 1853, Sir., 53, 2, 295 Caen, 19 décembre 1865, Sir., 66, 2, 234.

[33] Massol, p. 163 et 164, nos 14 et 16. Demolombe, IV, 465. Metz, 23 juin 1819, Sir., 19, 2, 276.

tant approximatif de ses droits comme commune et de ses reprises, les sommes dues par des tiers à la communauté[34].

Le pouvoir d'autoriser les mesures conservatoires destinées à garantir les intérêts de la femme commune, n'emporte pas, pour le tribunal, la faculté d'ordonner l'établissement d'un séquestre, sur les biens de la communauté ou sur ceux de la femme, dans le but d'assurer le paiement de ses droits et reprises[35]. Il pourrait seulement, suivant les cas, charger un tiers de percevoir les revenus de ces biens, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour le paiement des provisions, alimentaire ou *ad litem*, allouées à la femme[36].

En vertu de l'art. 869 du Code de procédure, la femme, même non commune en biens, peut aussi prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, et notamment former des oppositions entre les mains de ses débiteurs personnels, ou pratiquer des saisies-arrêts entre les mains de ceux de son mari[37].

Bien que la loi n'autorise expressément qu'en faveur de la femme, les mesures provisoires et conservatoires qui viennent d'être indiquées sous les lettres *a* et *b*, il faut cependant admettre que le mari est aussi, selon les circonstances, recevable à les provoquer. C'est ainsi qu'il peut demander que la femme soit tenue de quitter le domicile conjugal et d'aller résider ailleurs[38]. C'est ainsi encore que le mari, qui n'a pas de ressources personnelles, peut réclamer, contre la femme qui aurait conservé la jouissance de tous ses biens, une provision, soit alimentaire, soit *ad litem*[39]. C'est

34 Arg. art. 869 du Code de procédure. Massol, p. 169, n° 18. Demolombe, IV, 465. Caen, 16 mars 1825, Dalloz, 1827, 2, 1. Req. rej., 14 mars 1855, Sir., 56, 1, 655. Voy. en sens contraire : Paris, 4 mars 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 70 ; Caen, 29 mars 1849, Sir., 49, 2, 692 ; Bordeaux, 6 février 1850, Sir., 50, 2, 336.

35 L'art. 1961 est évidemment étranger à cette hypothèse, puisqu'il n'existe entre les parties aucun litige sur les biens. Cpr. § 409, texte et note 4. Amiens, 4 prairial an XII, Sir., 5, 2, 137. Liége, 13 février 1809, Sir., 9, 2, 293. Angers, 27 août 1817, Sir., 18, 2, 131. Voy. en sens contraire : Massol, p. 165, n° 17; Demolombe, IV, 465.

36 Douai, 7 avril 1853, Sir., 55, 2, 714.

37 Demolombe, IV, 466.

38 Duranton, II, 597. Vazeille, II, 570. Demolombe, IV, 467. Caen, 25 août 1840, Sir., 41, 2, 569.

39 Massol, p. 160, n° 12. Demolombe, IV, 468. Dijon, 10 mars 1841, Sir., 41, 2, 355.

ainsi, enfin, qu'il peut requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers qui se trouveraient en la possession de la femme, ou qui feraient partie d'un commerce séparé dont elle aurait la gestion[40].

c. Le père peut être privé, pendant l'instance en séparation de corps, de la garde des enfants issus du mariage[41]. Art. 267. Mais, en principe, il n'appartient qu'au tribunal de la lui enlever. Si, en cas d'urgence, le président est autorisé à statuer sur ce point, il ne peut le faire que par une ordonnance spéciale, rendue sur référé, par application des art. 806 et suiv. du Code de procédure[42].

§ 494.

Des effets de la séparation de corps.

1° La séparation de corps dégage les époux de l'obligation de vivre l'un avec l'autre, et anéantit virtuellement toutes les conséquences de cette obligation. Ainsi, la femme peut, après la séparation de corps, fixer son habitation et son domicile partout où elle le juge convenable[1], en emmenant avec elle les enfants dont la garde lui a été confiée[2]. Ainsi encore, les époux séparés de corps ne sont plus soumis à l'obligation civile de se prêter personnellement assistance[3]; et la femme cesse d'être tenue, dans les hypothèses prévues par les art. 1448, 1537 et 1575, de contribuer aux frais d'un ménage qui n'existe plus.

D'un autre côté, l'art. 506 qui défère au mari la tutelle de sa

[40] Vazeille, II, 573. Massol, p. 170, n° 19. Demolombe, IV, 469. Angers, 16 décembre 1817, Sir., 18, 2, 143. Voy. en sens contraire : Paris, 9 janvier 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 153.

[41] Duranton, II, 616. Vazeille, II, 572. Massol, p. 151, n° 1. Demolombe, IV, 450. Zachariæ, § 493, texte et note 7. Rennes, 31 juillet 1811, Sir., 13, 2, 101. Cpr. Angers, 18 juillet 1808, Sir., 9, 2, 117.

[42] Dijon, 28 décembre 1859, Sir., 60, 2, 270. Grenoble, 2 mai 1864, Sir., 64, 2, 296. Orléans, 1er mai 1869, Sir., 70, 2, 13. Cpr. Demolombe, IV, 452.

[1] Cpr. § 143, texte n° 2, notes 5 et 6. Voy. cep. Toulouse, 29 juin 1864, Sir., 64, 2, 155.

[2] Cpr. Massol, p. 195, n°s 7 et 8; Demolombe, IV, 498; Angers, 6 mai 1841, Sir., 41, 1, 218; Req. rej., 28 février 1842, Sir., 42, 1, 210; Req. rej., 29 avril 1862, Sir., 62, 1, 945.

[3] Massol, p. 194, n° 6. Zachariæ, § 494, texte *in principio*. Cpr. Demolombe, IV, 502. Voy. en sens contraire : Demante, *Programme*, I, 282.

femme interdite, cesse de recevoir application, lorsque les époux sont séparés de corps[4].

Sauf ces exceptions, la séparation de corps laisse subsister les droits et les devoirs qui sont une conséquence du mariage envisagé au point de vue des rapports personnels des époux.

Ces derniers sont donc toujours tenus à la fidélité conjugale, et la femme qui se rendrait coupable d'adultère, encourrait la peine prononcée par l'art. 337 du Code pénal[5].

L'époux qui se trouve dans le besoin, conserve aussi le droit de réclamer de l'autre des secours pécuniaires, quand même la séparation de corps aurait été prononcée contre lui[6]. L'obligation de fournir ces secours ne s'éteint pas par la mort de l'époux débiteur; elle passe à ses héritiers, peu importe que la pension alimentaire ait été accordée en vertu de l'art. 212, ou par application de l'art 301 [7].

[4] Voy. § 126, texte et note 4. Aux autorités citées dans cette note en faveur de l'opinion émise au texte, ajoutez encore : Valette, *Explication sommaire*, p. 374; Nancy, 15 mai 1868, Sir., 69, 2, 149; Poitiers, 22 avril 1869, Sir., 69, 2, 181.

[5] Caen, 13 janvier 1842, Sir., 42, 2, 176.

[6] *Non obstat* art. 301. Cet article ne peut pas être étendu à la séparation de corps, en tant du moins qu'on voudrait l'invoquer pour refuser à l'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, le droit de demander une pension alimentaire à l'autre. Toullier, II, 780. Duranton, II, 633. Vazeille, II, 588. Massol, p. 194, n° 6. Demolombe, IV, 501. Marcadé, sur l'art. 311, n° 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 415. Allemand, II, 1450. Demante, *Cours*, II, 30. Zachariæ, § 494, texte et note 4. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 229. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380. Lyon, 16 mars et 16 juillet 1835, Sir., 36, 2, 239. Req. rej., 8 juillet 1850, Sir., 51, 1, 61. Civ. rej., 38 août 1864, Sir., 64, 1, 487. Cpr. Civ. cass., 2 avril 1861, Sir., 61, 1, 410; Rouen, 30 juillet 1862, Sir., 63, 2, 63. Ces arrêts ne sont pas précisément contraires à la proposition énoncée au texte. Tout en reconnaissant à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, le droit de réclamer de l'autre une pension alimentaire en vertu de l'art. 301, ils admettent cependant que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, est, de son côté, autorisé à demander, par application de l'art. 212, une pension alimentaire à son conjoint. — Voy. sur les mesures que les tribunaux sont autorisés à prendre, pour assurer le service de la pension alimentaire accordée à l'un ou à l'autre des époux : Req. rej., 30 janvier 1828, Sir., 28, 1, 279; Civ. rej., 14 juin 1853, Sir., 53, 1, 609.

[7] Voy. § 553, texte n° 1, et note 10. Dutruc, Sir., 61, 1, 410, à la note. Voy. cep. Dijon, 17 août 1860, Sir., 60, 2, 560; Civ. cass., 2 avril 1861,

Enfin, la femme reste, en règle générale, soumise à la nécessité de recourir à l'autorisation du mari, pour tous les actes de la vie civile qui ne sont point une conséquence du droit d'administrer que la loi lui reconnaît [8].

D'après les dispositions du Code Napoléon, la séparation de corps n'avait pas non plus pour effet d'affaiblir la présomption de paternité attachée au mariage; mais la force de cette présomption a été singulièrement amoindrie par la loi du 6 décembre 1850, qui la fait fléchir, entre époux séparés de corps, devant le simple désaveu du mari.

Lorsque la séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère de la femme, cette dernière doit être condamnée, par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à un emprisonnement de trois mois au moins et de deux ans au plus [9], à supposer bien entendu que le délit d'adultère ne se trouve pas prescrit [10]. Le mari peut empêcher ou faire cesser les effets de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. Art. 308 et 309 cbn. Code pénal, art. 337. Si c'est la femme, au contraire, qui a obtenu la séparation de corps pour cause d'adultère du mari, le tribunal civil qui a admis sa demande, n'est point autorisé à condamner ce dernier à la peine établie par l'art. 339 du Code pénal.

Sir., 61, 1 ,410; Rouen, 30 juillet 1862, Sir., 63, 2, 63; Grenoble, 11 juillet 1863, Sir., 64, 2, 14. D'après ces arrêts, la proposition énoncée au texte semblerait devoir être restreinte au cas où la pension alimentaire a été accordée en vertu de l'art. 301.

[8] Cpr. art. 311 cbn. 1449. Duranton, II, 623 et 624. Vazeille, II, 587. Massol, p. 230, n° 20. Demolombe, IV, 119. Zachariæ, § 472, texte et note 2 *bis*. Civ. cass., 6 mars 1827, Sir., 27, 1, 334. Civ. cass., 13 novembre 1844, Sir., 15, 1, 45.

[9] Si le ministère public avait omis de requérir la condamnation à cette peine, en concluant sur la demande en séparation, ou si le tribunal, saisi de cette demande, avait omis de la prononcer dans le jugement par lequel il l'a admise, cette condamnation ne pourrait plus être requise devant ce tribunal, ni prononcée par lui. Demolombe, IV, 381. Zachariæ. § 494, texte et note 10. Rouen, 14 mai 1829, Sir., 31, 2, 76.

[10] Demolombe, IV, 409. Demante, *Cours*, II, p. 26. Rennes, 28 décembre 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 167. Paris, 10 février 1845, *Pal.*, 1845, 1, 422. Besançon, 20 février 1860, Sir., 60, 2, 230. Cpr. cep. Massol, p. 190; Paris, 31 août 1841, Sir., 41, 2, 487; Paris, 24 mai 1854, Sir., 54, 2, 496.

Cette condamnation ne peut être prononcée que par le tribunal de police correctionnelle, et sur la plainte de la femme[11].

2° La séparation de corps ne porte, en général aucune atteinte aux droits que la puissance paternelle confère à l'un ou à l'autre des époux sur la personne et les biens des enfants. C'est ainsi, en particulier, que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, n'en conserve pas moins tous ses droits à la jouissance légale des biens de ses enfants[12].

Toutefois, les tribunaux sont autorisés, au cas où la séparation de corps a été prononcée contre le père, à priver ce dernier de la garde des enfants, et à la confier, soit à la mère, soit à une tierce personne, si leur intérêt paraît exiger cette mesure, et surtout si les faits révélés par la demande en séparation en ont démontré la nécessité[13].

11 Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 3, n° 2. Massol, p. 190, n° 3. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 494, texte et note 11.

12 *Non obstat* art. 386 : *Pœnalia non sunt extendenda*. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 142. Duranton, II, 634. Duvergier, sur Toullier, I, 1064, note 2. Vazeille, II, 589. Valette, sur Proudhon, II, p. 260, note *a*. Marcadé, sur l'art. 311, n° 2, et sur les art. 386 et 387, n° 7, *in fine*. Massol, p. 334, n° 7. Demolombe, IV, 510. Zachariæ, § 494, texte et note 8 ; et § 549, note 33.

13 Arg. art. 302. *Non obstant* art. 373 et 374 : Cpr. art. 303. La règle posée au texte nous paraît d'autant moins sujette à difficulté, qu'elle n'est pas une reproduction exacte des dispositions de l'art. 302, dispositions qui ne sauraient, à raison des art. 373 et 374, être appliquées, d'une manière absolue, en matière de séparation de corps. Ainsi, le père qui a obtenu la séparation de corps, ne peut jamais, à notre avis, être privé de la garde de ses enfants ; et le père, contre lequel la séparation a été prononcée, peut être maintenu dans cette garde, sans que le ministère public ou la famille le demande ; tandis que, sous ces deux points de vue, l'art. 302 contient, pour le cas de divorce, des décisions contraires. Nous ajouterons qu'il a été reconnu par les meilleurs auteurs et par une jurisprudence constante, que l'art. 302 est susceptible d'extension au cas de séparation de corps. Le seul point qui ne soit pas encore bien fixé, est celui de savoir si l'application de cet article doit, en pareil cas, avoir lieu d'une manière absolue, ou sous les restrictions que nous avons indiquées. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Education, § 1, n° 3 ; Toullier, I, 777 ; Magnin, *Des minorités*, I, 192 ; Vazeille, II, 591 ; Duranton, II, 637 ; Marcadé, sur l'art. 311, n° 3 ; Massol, p. 319, n° 1 ; Demolombe, IV, 511 ; Demante, *Cours*, II, 31 ; Zachariæ, § 694, texte et note 9 ; Montpellier, 1er prairial an XIII, Sir., 6, 2, 7 ; Caen, 19 juin 1807, Sir., 7, 2, 177 ; Bruxelles, 28 mars 1810, Caen, 4 août 1810, et Paris, 12 juillet 1808, Sir., 10, 2, 362, 485 et 488 ; Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380 ; Req. rej., 24 mai 1821, Sir., 21, 1, 333 ; Paris, 11 décembre

Le père auquel la garde des enfants a été enlevée, n'est pas pour cela privé de son droit de surveillance sur leur éducation ; et il peut, en vertu de ce droit, recourir à l'intervention de la justice, dans le cas où la mère ferait un usage abusif de la mission qui lui a été confiée [14]. Il conserve même, en principe, le droit d'émancipation, sans cependant pouvoir, au moyen de l'exercice de ce droit, paralyser, quant à lui-même ou quant aux enfants, l'exécution et les effets des mesures ordonnées par les tribunaux, dans l'intérêt de l'éducation et de l'instruction de ces derniers [15].

Quelles que soient d'ailleurs les décisions rendues au sujet de la garde et de l'éducation des enfants, elles sont toujours susceptibles d'être rapportées ou modifiées à raison de circonstances nouvelles [16]. A plus forte raison, les tribunaux peuvent-ils, en prescrivant telle ou telle mesure, qu'ils estiment utile pour le moment, se réserver de statuer à nouveau, lorsque les enfants auront atteint un certain âge [17].

3° La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens. Art. 311. Elle dissout donc la communauté conjugale ; et si les époux sont mariés sous un autre régime que celui de la communauté, elle emporte, pour le mari, l'obligation de restituer à la femme, ceux de ses biens dont il avait la jouissance et l'administration. Art. 1441, n° 5, 1531 et 1563.

La séparation de biens qui résulte de la séparation de corps, remonte, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, au jour même de la demande, comme cela a lieu lorsque la séparation de biens est prononcée par suite d'une action principale, introduite

1821, Sir., 22, 2, 161 ; Rennes, 21 février 1826, Sir., 28, 2, 167 ; Bordeaux, 9 juin 1832, Sir., 33, 2, 416, Montpellier, 4 février 1835, Sir., 35, 2, 288 ; Req. rej., 30 mars 1859, Sir., 59, 1, 661 ; Req. rej., 29 avril 1862, Sir., 62, 1, 945.

14 Req. rej., 9 juin 1857, Sir., 57, 1, 590. Req. rej., 30 mars 1859, Sir., 59, 1, 661. Cpr. Req. rej., 29 juin 1868, Sir., 68, 1, 401.

15 Paris, 5 juillet 1853, Sir., 53, 2, 454. Tribunal de la Seine, 6 mars 1862, Sir., 62, 2, 394. Req. rej., 4 avril 1865, Sir., 67, 1, 257. Rouen, 12 juin 1866, Sir., 67, 2, 47.

16 Paris, 5 juillet 1853, Sir., 53, 2, 454. Req. rej., 9 juin 1857, Sir., 57, 1, 590. Req. rej., 22 janvier 1867, Sir., 67, 1, 212. Cpr. Req. rej., 19 février 1861, Sir., 62, 1, 127.

17 Req. rej., 18 mars 1868, Sir., 68, 1, 209.

à cet effet[18]. Quant aux tiers, la séparation de biens dont s'agit ne peut leur être opposée qu'à partir de la publication et de l'affiche du jugement qui a prononcé la séparation de corps, peu importe que leurs droits soient antérieurs ou postérieurs à ce jugement[19].

[18] Arg. art. 1445, al. 2. L'argument d'analogie que fournit la disposition de cet article, est parfaitement concluant, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, puisque, d'une part, cette disposition, qui n'est, à ce point de vue, qu'une conséquence de la formation du contrat judiciaire, ne présente de sa nature rien d'exceptionnel, et que, d'autre part, les effets de ce contrat s'étendent virtuellement à tout ce que doit être une suite nécessaire de la demande. Il y a mieux, la vie commune, en vue de laquelle les époux avaient réglé leur régime matrimonial, pouvant légalement cesser, dès avant même l'introduction de la demande en séparation de corps, par l'usage de la faculté que leur accorde l'art. 878 du Code de procédure, on comprendrait difficilement que ce régime restât cependant en vigueur durant l'instance. Dans l'état d'hostilité où la demande en séparation de corps place les époux l'un à l'égard de l'autre, le système contraire pourrait entraîner les plus graves inconvénients. Nous ferons d'ailleurs remarquer que, d'ordinaire, le demandeur en séparation de corps conclut accessoirement, et par voie de conséquence, à la séparation de biens ; et si, en pareil cas, il ne paraît guère possible de refuser effet rétroactif, en ce qui concerne les droits respectifs des parties, au jugement qui prononcera tout à la fois la séparation de corps et la séparation de biens, nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement dans l'hypothèse où le demandeur se serait borné à provoquer la séparation de corps, puisque l'action ainsi formée implique nécessairement demande en séparation de biens. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 4 ; Toullier et Duvergier, I, 776 ; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 192; Massol, p. 203, n° 13 ; Taulier, V, p. 129 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, II, 1386 à 1388 ; Dutruc, *De la séparation de biens*, n° 283 ; Bruxelles, 28 mars 1810, Sir., 10, 2, 362 ; Limoges, 17 juin 1835, Sir., 36, 2, 61 ; Req. rej., 20 mars 1855, Sir., 55, 1, 401 ; Req. rej., 13 mars 1862, Sir., 62, 1, 885 ; Paris, 25 avril 1863, et Besançon, 15 février 1864, Sir., 64, 2, 132 et 133 ; Civ. cass., 12 mai 1869, Sir., 69, 1, 301 ; Dijon, 3 décembre 1869, Sir., 70, 2, 17. Cpr. aussi : Rennes, 3 juillet 1841, Sir., 41, 2, 548. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 42 et 43 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 541, note *a* ; Duranton, II, 622 ; Marcadé, sur l'art. 311, n° 4 ; Rodière et Pont., *Du contrat de mariage*, III, 2179; Demolombe, IV, 514 ; Coin-Delisle, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 18 à 31 ; Zachariæ, § 515, texte et note 4.

[19] Duranton, II, 611. Demolombe, IV, 494. Zachariæ, § 493, note 2. Req. rej., 14 mars 1837, Sir., 37, 1, 318. Civ. cass., 12 mai 1869, Sir., 69, 1, 301. Limoges, 21 décembre 1869, Sir., 70, 1, 17. Voy. en sens contraire : Paris, 18 juin 1855, Sir., 56, 2, 169 ; Paris, 27 décembre 1860, Sir, 61, 2, 263 ; Besançon, 15 février 1864, Sir., 64, 2, 132 et 133.

Toutefois, les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté, et les aliénations par lui faites des objets qui en dépendent[20], postérieurement à l'ordonnance dont il est parlé en l'art. 878 du Code de procédure, doivent être annulées, lorsqu'elles ont été contractées ou faites en fraude des droits de la femme, et que les tiers avec lesquels le mari a traité, ont été complices de la fraude[21]. Que si ces derniers avaient été de bonne foi, la femme n'en serait pas moins fondée à demander que son mari l'indemnisât jusqu'à concurrence de la moitié des valeurs communes dont il a voulu la frustrer[22]. Art. 271[23].

Il est, du reste, bien entendu que la femme peut, s'il y a lieu, former une demande en séparation de biens parallèlement à son action en séparation de corps; et, dans ce cas, les effets du jugement qui prononcera la séparation de biens remonteront, même à l'égard des tiers, au jour de la demande, pourvu que les formalités et conditions requises en matière de séparation de biens aient été dûment observées[24].

20 L'art. 271 ne parle que des aliénations immobilières ; mais il ne nous paraît pas douteux, que la disposition de cet article ne doive également s'appliquer à des aliénations frauduleuses de valeurs mobilières : *Par est ratio.*

21 L'action qui, sous ce rapport, compète à la femme, offre certaines analogies avec l'action paulienne ; mais les règles qui régissent cette dernière, n'y sont cependant pas indistinctement applicables, comme on paraît généralement le penser. C'est ainsi que, dans la matière qui nous occupe, il n'y a pas lieu de tenir compte du caractère onéreux ou gratuit des actes attaqués. En effet, les donations immobilières faites par le mari, ne sont pas simplement révocables pas application de l'art. 1167, mais annulables comme exédant les limites de ses pouvoirs ; quant aux donations d'objets mobiliers, au contraire, elles ne peuvent être révoquées en raison du préjudice seul qu'elles ont causé à la femme, puisqu'elles rentrent dans le droit de disposition du mari, de sorte qu'elles ne sont révocables que comme frauduleuses, et qu'autant que les tiers ont été complices de la fraude. Cpr. art. 1422.

22 Cpr. sur ces propositions : § 509, texte n° 1, et note 3.

23 Cet article, placé sous la rubrique du divorce, s'applique également à la séparation de corps. Toullier, II, 776. Demolombe, IV, 462. Zachariæ, § 493, texte et note 9. Req. rej., 26 juin 1866, Sir., 66, 1, 334.

24 Marcadé, sur l'art. 311, n° 4. Rodière et Pont, *op. cit.*, III, 2180. Demolombe, IV, 515.

La disposition de l'art. 1444 n'est pas applicable à la séparation de biens qu'entraîne la séparation de corps[25].

L'époux qui a obtenu la séparation de corps, conserve ses droits au préciput de communauté, sauf à ne les exercer qu'en cas de survie, et lors de la mort de son conjoint. Art. 1518[26]. L'époux, au contraire, contre lequel la séparation a été prononcée, ne peut plus réclamer le bénéfice de ce préciput[27].

Les mêmes règles s'appliquent aux autres droits de survie sur la communauté, tels, par exemple, que l'attribution au survivant, soit d'une part plus forte dans la masse commune, soit même de cette masse toute entière[28].

25 Rauter, *Cours de procédure*, § 346. Delvincourt, III, p. 40. Duranton, XIV, 412. Battur, *De la communauté*, II, 641. Massol, p. 146, n° 35. Demolombe, IV, 516. Bordeaux, 4 février 1811, Sir., 11, 2, 163. Paris, 21 janvier 1858, Sir., 58, 2, 565.

26 Si on considère la continuation de la communauté jusqu'au décès de l'un des époux, comme une condition inhérente à l'exercice du préciput, d'après la nature même de ce droit, l'art. 1518 constituera une disposition de faveur pour l'époux qui a obtenu la séparation de corps : et la rédaction de cet article, ainsi que les explications données par Duveyrier dans son rapport au Tribunat, semblent indiquer que c'est à ce point de vue que le législateur s'est placé. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 372 et 373, n° 45. Que si, au contraire, on admet que la dissolution de la communauté avant le décès de l'un des époux, ne forme pas par elle-même obstacle à l'exercice ultérieur du préciput, la disposition de l'art. 1518, en tant qu'elle prive implicitement de la jouissance de ce droit, l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, présentera le caractère d'une pénalité civile infligée à cet époux, pour avoir amené par son fait la dissolution anticipée de la communauté, et pour avoir ainsi privé son conjoint de l'avantage qu'aurait pu lui procurer la continuation de cette dernière jusqu'à la dissolution du mariage. Quelle que soit la manière de voir qu'on adopte à cet égard, toujours paraît-il certain que, si l'époux défendeur perd son droit éventuel au préciput, ce n'est point, comme l'enseignent certains auteurs, par suite d'une révocation fondée sur son ingratitude. Cette cause de révocation, propre aux dispositions à titre gratuit, est en effet inapplicable au préciput qui, pour le fond comme pour la forme, ne constitue pas une libéralité, mais une simple convention de mariage, ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Voy. art. 1516.

27 Arg. *a contrario* art. 1518. Duranton, II, 626. Massol, p. 282, n° 45. Demolombe, IV, 520. Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 5, p. 64, note 2 ; Toullier, II, 781, note 1.

28 Cpr. art. 1452. Cette proposition, qui nous semble incontestable, diminue, dans une certaine mesure, l'importance de la question de savoir si l'art. 299 peut-être étendu du divorce à la séparation de corps. Voy. cep. Zachariæ, § 494, texte *ad* art. 1452.

La femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée, ne peut, au cas de veuvage, prétendre à aucune pension, soit militaire, soit civile[29].

Enfin, la séparation de corps fait perdre à l'époux contre lequel elle a été prononcée, la jouissance des droits d'auteur, accordée par la loi au conjoint survivant[30].

4° Les deux époux conservent respectivement, malgré la séparation de corps, le droit de succession que l'art. 767 établit, au profit du conjoint survivant, sur l'hérédité de l'autre[31].

D'un autre côté, nous persistons à penser, malgré la jurisprudence, qui paraît être définitivement fixée en sens contraire, que la séparation de corps n'entraîne pas, comme le divorce, la révocation, de plein droit, des dispositions entre-vifs que l'époux au profit duquel elle a été prononcée, peut avoir faites en faveur de son conjoint, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sauf à cet époux à provoquer, s'il s'y croit fondé, la révocation, pour cause d'ingratitude, de celles de ces dispositions qui ne sont pas révocables *ad nutum*[32].

29 Loi du 11 avril 1831, sur les pensions de l'armée de terre, art. 20. Loi du 18 avril 1831, sur les pensions de l'armée de mer, art. 20. Loi du 9 juin 1853, sur les pensions civiles, art. 13, al. 3.

30 Loi du 14 juillet 1866, sur les droits des héritiers et des ayants-cause des auteurs, art. 1, al. 4.

31 L'opinion contraire avait d'abord prévalu au Conseil d'Etat, et l'art. 767 avait été renvoyé à la section de législation pour être rédigé dans le sens de cette opinion. Toutefois, la nouvelle rédaction, telle qu'elle a passé dans le Code, ne prive pas du droit de succession les époux simplement séparés de corps ; et ce silence ne peut s'expliquer qu'en admettant que le Conseil d'État est revenu sur sa manière de voir. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être permis de suppléer une déchéance qui ne se trouve pas dans la loi. Voy. Locré, *Lég.*. X, p. 99. art. 54, n° 2, p. 148 et 449, art. 50. Maleville, II, p. 246. Delvincourt, II. p. 68. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 767, n° 4. Duranton, II, 636, et VI, 343. Massol, p. 313, n° 54. Demolombe, IV, 519. Zachariæ, § 494, texte et note 5. Cpr. Vazeille, II, 589.

32 Peu de questions ont été aussi controversées que celle de savoir, si les dispositions de l'art. 299 sont ou non applicables à la séparation de corps, et si, par conséquent, les donations faites au profit de l'époux contre lequel cette séparation a été admise, sont ou non révoquées, de plein droit, par suite du jugement qui l'a prononcée. A notre avis, la difficulté provient, en grande partie, de ce que l'on ne s'est pas assez pénétré de l'idée que l'office du juge n'est pas de corriger la loi, mais de l'appliquer, quelque défectueuse qu'elle puisse être. Nous appré-

En tout cas, et voulût-on, contre notre manière de voir, admettre, avec la jurisprudence, l'extension de l'art. 299 à la séparation de

cions toute la force des motifs que l'on pourrait faire valoir en faveur de la révocation, s'il était question de discuter, devant une assemblée législative, les effets que doit produire la séparation de corps. Encore ces motifs se trouveraient-ils balancés par des raisons non moins puissantes tirées, soit de la connexité qui existe entre l'indissolubilité du lien conjugal et l'irrévocabilité des donations faites en faveur de mariage, soit de la nécessité de favoriser, autant qu'il est possible, la réconciliation des époux. Mais tel n'est pas l'objet de la discussion, qui doit se restreindre dans l'interprétation et l'application de la législation existante. Or, à cet égard nous ferons remarquer, en premier lieu, qu'il n'est pas permis de conclure de la parité des causes de divorce et des causes de séparation de corps, à l'identité des effets de l'un et de l'autre ; et cela, par la raison décisive que le divorce dissout le mariage, tandis que la séparation de corps en relâche seulement le lien. Aussi est-il généralement reconnu que les rédacteurs du Code n'ont pu avoir l'intention d'étendre à la séparation de corps, toutes les dispositions contenues au titre *Du divorce,* dans le chapitre qui traite *Des effets du divorce.* Nous allons plus loin, et nous soutenons qu'ils n'ont pas même regardé comme étant, de plein droit, applicables en matière de séparation de corps, celles de ces dispositions qui n'ont d'ailleurs rien d'incompatible avec la nature de cette séparation, puisqu'ils ont jugé nécessaire de reproduire, dans l'art. 308, la pénalité de l'art. 298, ce qui, dans la supposition contraire, eût été complétement inutile. D'ailleurs, la combinaison des art. 1518, 386 et 767 démontre que si, comme le divorce, la séparation de corps entraîne, pour l'époux contre lequel elle a été prononcée, la perte du préciput de communauté, elle ne le prive cependant pas, à l'instar du divorce, de l'usufruit légal. et du droit de succession établi au profit du conjoint survivant. Cpr. notes 12 et 31 *supra.* Mais par cela même que le législateur n'a assimilé que dans le premier cas, et non dans les deux autres, la séparation de corps au divorce, il a clairement manifesté l'intention de repousser, en thèse générale, toute assimilation entre l'époux défendeur en séparation et l'époux défendeur en divorce, en ce qui concerne la perte des avantages pécuniaires dont ce dernier se trouve frappé. En second lieu, nous maintenons que, cette assimilation eût-elle été dans la pensée du législateur, le juge devrait cependant la rejeter au cas qui nous occupe, conformément à la règle *Pœnalia non sunt extendenda.* En effet, en prononçant la révocation des avantages stipulés au profit de l'époux contre lequel le divorce a été admis, tout en maintenant les avantages faits en faveur de l'époux qui l'a obtenu, le législateur a établi contre le premier une peine d'autant plus grave, qu'elle est contraire à la condition de réciprocité, sur laquelle reposent presque toujours les conventions matrimoniales. Du reste, l'argument que les partisans de l'opinion contraire ont voulu puiser dans l'art. 310, nous paraît absolument sans valeur, car nous ne pensons pas qu'on puisse sérieusement prétendre que l'époux contre lequel la séparation de corps aurait été prononcée, et qui aurait

corps, du moins devrait-on reconnaître que la révocation prononcée par cet article, ne saurait porter aucune atteinte aux droits que

ensuite demandé le divorce en vertu de l'art. 310, eût été admis à invoquer les dispositions de l'art. 299. L'opinion que nous venons de développer, avait été consacrée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation, dont le dernier est en date du 21 novembre 1843. Mais en 1845, la Cour suprême, appelée à statuer sur la question, chambres réunies, abandonna la jurisprudence dans laquelle elle avait persévéré jusqu'alors, et se prononça pour l'extension de l'art. 299 à la séparation de corps. Cette dernière opinion a depuis lors été adoptée par la plupart des cours d'appel et par la grande majorité des auteurs. Malgré ces imposantes autorités, nous croyons devoir persister dans notre manière de voir. Les considérations tirées de l'ancienne jurisprudence, que la Cour de cassation invoque à l'appui de son système, nous paraissent manquer de solidité. Il est constant que si, autrefois, l'époux au profit duquel la séparation de corps était prononcée, pouvait demander la révocation des donations par lui faites à son conjoint, cette révocation n'avait jamais lieu de plein droit. L'art. 299 ne s'est donc pas borné à appliquer au divorce, les principes admis par l'ancienne jurisprudence en matière de séparation de corps; il a, par une disposition nouvelle, décrété une déchéance légale, attachée de plein droit à la prononciation du divorce ; et la question est toujours de savoir si cette disposition nouvelle est susceptible d'être étendue à la séparation de corps. Tout ce qu'il est permis d'inférer des précédents historiques, c'est que l'époux qui a provoqué la séparation de corps, doit pouvoir encore aujourd'hui, comme il le pouvait anciennement, demander, pour cause d'ingratitude, la révocation des donations qu'il a faites à son conjoint ; et c'est ce que nous admettons nous-mêmes. Voy. § 708, texte et note 10. Quant à l'argument tiré de l'art. 1518, il est complétement fautif, puisque, comme nous l'avons établi à la note 26 *supra*, on ne saurait voir dans la disposition de cet article, qui prive implicitement l'époux défendeur en séparation de corps, de son droit éventuel au préciput de communauté, une déchéance fondée sur l'ingratitude de cet époux. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 5, et *Quest.*, *eod. v°*, § 1, n° 2 ; Grenier, *Des donations*, II, p. 405 ; Toullier, II, 781 ; Duranton, II, 629 ; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 3, n° 8 ; Poujol, sur l'art. 959, n° 8 ; Coin-Delisle, surle même article, n°s 4 et 9 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 415 ; Zachariæ, § 494, texte et note 6 ; Civ. rej., 13 juillet 1813, Sir., 15, 1, 115 ; Civ. cass., 17 juin 1822, Sir., 22, 1, 359 ; Civ. cass., 19 août 1823, Sir., 24, 1, 30 ; Agen, 28 avril 1824, Sir., 24, 2, 356 ; Civ. cass., 13 février 1826, Sir., 26, 1, 265 ; Douai, 15 janvier 1828, Sir., 28, 2, 140 ; Civ. cass., 30 mars 1836, Sir., 36, 1, 728 ; Caen, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 164 ; Rouen, 28 janvier 1837, Sir., 37, 2, 166 ; Riom, 19 août 1839, Sir., 40, 2, 59 ; Civ. cass., 21 décembre 1842, Sir., 43, 1, 728 ; Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235 ; Riom, 4 décembre 1843, Sir., 44, 2, 78 ; Douai, 10 mai 1847, Sir., 48, 2, 194. Voy. en sens contraire :

des tiers auraient acquis sur les biens donnés, antérieurement à la demande en séparation[33].

A plus forte raison, la séparation de corps n'entraîne-t-elle pas, *ipso facto*, d'après notre opinion, la révocation des dispositions testamentaires, faites au profit de l'époux contre lequel elle a été prononcée, par celui qui l'a obtenue. Mais la solution contraire devrait être admise d'après le système qui prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence[34].

Enfin, la séparation de corps ne fait pas cesser l'application de l'art. 2253, aux termes duquel la prescription est suspendue entre époux[35].

Proudhon, I, p. 543 et suiv.; Delvincourt, I, p. 197; Pigeau, II, p. 571; Pont, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 339, et *Revue de législation*, 1845, III, p. 90; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, III, 1554; Vazeille, II, 589; Massol, p. 297 et suiv., n° 52; Marcadé, sur l'art. 311, n°s 1 et 2; Taulier, I, p. 369 et suiv.; Demolombe, IV, 521 et suiv.; Troplong, *Des donations*, III, 1348 à 1360; Rennes, 21 mai 1808, Sir., 8, 2, 299; Caen, 22 avril 1812, Sir., 13, 2, 69; Angers, 22 mars 1820, 2, 246; Colmar, 26 juin 1817, Sir., 21, 2, 325; Agen, 1er mai 1821, Sir., 21, 2, 326; Paris, 8 mars 1823, Sir., 23, 2, 234; Rouen, 25 juillet 1829, Sir., 31, 2, 72; Bordeaux, 31 mai 1838, Sir., 39, 2, 14; Rouen, 15 novembre 1838, Sir., 39, 2, 15; Chamb. réun. cass., 23 mai 1845, Sir., 45, 1, 321; Caen, 1er juillet 1845, Sir., 45, 2, 551; Civ. rej., 17 juin 1845, Sir., 46, 1, 52; Civ. cass., 28 avril 1846, Sir., 46, 1, 383; Paris, 5 février 1847, Sir., 47, 2, 91; Colmar, 15 juillet 1846, Sir., 47, 2, 196; Riom, 5 novembre 1846, Sir., 48, 2, 199; Civ. cass., 25 avril 1849, Sir., 49, 1, 505; Civ. cass., 18 juin 1849, Sir., 50, 1, 225; Paris, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 495; Paris, 20 août 1862, Sir., 62, 2, 443.

[33] La révocation, qui ne s'opère pas, en pareil cas, *ex causa antiqua*, mais par suite d'événements postérieurs à la donation, que les tiers n'ont pu ni dû prévoir, ne saurait rétroagir au détriment de ces derniers. Arg. art. 958. Mimerel, *Revue critique*, 1854, V, p. 527 à 529. Boullanger, Sir., 66, 1, 9, à la note. Gabriel Demante, *Revue critique*, 1866, XXIX, p. 385. Civ. rej., 30 août 1865, Sir., 66, 1, 9. Voy. en sens contraire : Marcadé, *Revue critique*, 1854, IV, p. 509, n° 5; Pau, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 495.

[34] Voy. § 724, texte *in fine*.

[35] Voy. § 214, texte A, n° 3, et note 19.

§§ 495 et 496*.

De la cessation de la séparation de corps.

La séparation de corps ne dure qu'autant que le veulent les deux époux[1]. Elle est révocable à leur gré, et cesse même par le seul fait du rétablissement de la vie commune[2], sans qu'il soit besoin, ni de l'intervention du juge, ni de l'accomplissement d'aucune formalité[3].

La séparation de corps ne peut, en général, être révoquée que du consentement réciproque des époux. Celui des conjoints qui a obtenu la séparation de corps, n'a donc pas le droit d'exiger le rétablissement de la vie commune, si celui contre lequel elle a été prononcée, ne veut pas y consentir[4]. La réhabilitation de l'époux

* Nous avons supprimé le § 496, qui, traitant des rapports de la demande en séparation de corps et de la demande en divorce, est aujourd'hui sans intérêt pratique. Le même motif nous dispense de nous occuper des dispositions de l'art. 310. Cpr. § 449, texte *in fine*.

1 Une simple réconciliation, non accompagnée du rétablissement de la vie commune, est insuffisante pour faire cesser l'état de séparation de corps. Paris, 5 avril 1859, Sir., 59, 2, 204. Cpr. aussi : Civ. rej., 30 décembre 1861, Sir., 62, 1, 113. Voy. en sens contraire : Boissard, *Revue pratique*, 1859, VIII, p. 344.

2 Cpr. art. 309, 310 et 1451. Locré, sur l'art 311. Pigeau, II, p. 574. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 4. Vazeille, II, 592. Massol, p. 347, n° 1.

3 Vazeille, II, 593. Massol, p. 349 et 350, n° 2. Demolombe, IV, 534 et 535. Zachariæ, § 495, texte et note 1. Paris, 16 avril 1807, Sir., 7, 2, 661. Agen, 17 mars 1858, Sir., 58, 2, 371.

4 Le jugement de séparation est obligatoire pour les deux époux. Tout jugement est, en effet, le produit d'un contrat judiciaire, auquel on doit, comme à tout autre contrat, appliquer la disposition du deuxième alinéa de l'art. 1131 : *Quod ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis*. Cpr. Rauter, *Cours de procédure civile*, §§ 59 et 145. — Cependant Locré (*loc. cit.*), Vazeille (II, 595), Duranton (II, 525 et 618), Favard de Langlade (*Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 4), et Zachariæ (§ 495, texte et note 2) enseignent, en se fondant sur l'art. 309, une opinion contraire à celle que nous avons émise. Nous répondrons que, d'un côté, la disposition de l'art. 309 est spéciale au cas où la séparation de corps a

contre lequel la séparation de corps a été prononcée, n'en opère pas non plus la révocation[5]. Mais si, par suite de la révision de son procès, cet époux avait été acquitté, absous, ou condamné à une peine non infamante, le jugement de séparation de corps se trouverait de plein droit anéanti[6].

La cessation de l'état de séparation de corps rend au mariage et à ses effets, leur force primitive, quant à la personne des époux.

La séparation de biens que la séparation de corps avait produite, ne cesse pas, de plein droit, par suite du rétablissement de la vie commune. Mais les époux ont la faculté de se replacer sous le régime matrimonial qu'ils avaient originairement adopté, en se conformant aux dispositions de l'art. 1451[7]. Cette faculté peut être exercée, même par des époux mineurs, sans l'assistance des personnes dont le concours leur serait nécessaire pour la passation d'un contrat de mariage[8].

Le régime matrimonial sous lequel les époux se sont mariés, ne pouvant être rétabli que dans son intégrité, et tel qu'il avait été stipulé par le contrat de mariage, la simple déclaration des époux qu'ils entendent le remettre en vigueur, suffit pour faire revivre également tous les avantages qui s'y rattachent directement par

été prononcée pour cause d'adultère de la femme ; qu'ainsi on ne peut, contrairement aux règles du Droit commun, indiquées au commencement de la note, en étendre la disposition à d'autres hypothèses ; et que, d'un autre côté, l'art. 309 ne confère pas au mari, le droit de reprendre sa femme contre la volonté de celle-ci, mais lui accorde seulement le pouvoir d'arrêter ou de faire cesser les effets de la condamnation prononcée contre elle, dans la supposition que cette dernière consente à la réunion. De hautes considérations d'équité et de moralité viennent d'ailleurs à l'appui de notre système. Villemartin, *Études de Droit français*, III, p. 102. Marcadé, sur l'art. 311, n° 5. Massol, p. 350, n° 3. Demolombe, IV, 532. Angers, 19 avril 1839, Sir., 39, 2, 243. Req. rej., 3 février 1841, Sir., 41, 1, 97.

5 Vazeille, I, 558. Demolombe, IV, 538. Cpr. § 491, texte et note 30.

6 Le second jugement anéantit virtuellement tous les effets du premier. Vazeille, I, 557. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. § 491, texte et note 28.

7 Quoique l'art. 1451 ne parle que du rétablissement de la communauté, il n'est pas douteux que la disposition de cet article ne doive être appliquée à tout autre régime matrimonial. Massol, p. 352, n° 4. Demolombe IV, 544. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, III, 2237.

8 Massol, p. 355, n° 8. Demolombe III, 547.

leur objet même, ou qui sont à considérer comme ayant formé des conditions de son adoption. Une pareille déclaration, au contraire, ne pourrait avoir pour effet de faire revivre les donations, même contenues au contrat de mariage, mais entièrement indépendantes du régime y stipulé, qui auraient été révoquées au préjudice de l'un des conjoints[9]. Les époux ont sans doute la faculté de les rétablir dans la forme déterminée par l'art. 1451[10]; et ce, avec leur caractère originaire d'irrévocabilité[11]. Mais il faut qu'ils en expriment formellement la volonté, ou que, tout au moins, ils déclarent que leur intention est de restaurer l'ensemble des dispositions du contrat de mariage.

Le rétablissement des conventions matrimoniales en vertu de l'art. 1451, a pour conséquence de faire cesser rétroactivement les effets de la séparation de biens, sauf cependant les droits des tiers, et le maintien des actes passés par la femme en conformité de l'art. 1449.

L'époux qui, après avoir obtenu la séparation de corps, s'est réuni à son conjoint, est, malgré le rétablissement de la vie commune, recevable à former, pour des causes nouvelles, une seconde demande en séparation de corps. Il peut même, en pareil cas, faire valoir, à l'appui de cette seconde demande, les faits qui avaient motivé l'admission de la première[12]. Arg. art. 273.

9 Cpr. Demolombe, III, 544. Voy. cep. Proudhon, I, 554 et 555; Massol, p. 354, nº 6.

10 Proudhon et Valette, I, p. 553. Massol, *loc. cit.* Demolombe, III, 546.

11 Massol, *loc. cit.* Demolombe, III, 545. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 200.

12 Demolombe, III, 548. Zachariæ, § 495, texte et note 6. Paris, 19 juin 1839, Sir., 39, 2, 370. Cpr. Agen, 27 mars 1858, Sir., 58, 2, 371.

CHAPITRE SECOND.

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ QUANT AUX BIENS DES ÉPOUX.

SOURCES. — *Code Napoléon*, art. 1387 à 1581. Loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850, sur la publicité des contrats de mariage. — BIBLIOGRAPHIE. — 1° Ouvrages sur l'ensemble de la matière : *Commentaire sur la loi du 20 pluviôse an XII, du contrat de mariage*, par Bernardi; Paris, an XIII, 1 vol. in-8°. *Traité sur les engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage*, par Carrier; Paris, 1819, 1 vol. in-8°. *Du contrat de mariage*, par Bellot des Minières, Paris et Poitiers, 1825, 4 vol. in-8°. *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, par Ginoulhiac; Paris, 1843, 1 vol. in-8°. *Traité du contrat de mariage*, par Rodière et Pont; 2e éd., Paris, 1869, 3 vol. in-8°. *Traité du contrat de mariage*, par Odier ; Paris et Genève, 1847, 3 vol. in-8°. *Du contrat de mariage*, par Troplong; Paris, 1850, 4 vol. in-8°. — 2° Ouvrages sur la communauté de biens entre époux : *Traité de la communauté*, par Renusson; Paris, 1723, 1 vol. in-4°. *Traité de la communauté*, par Lebrun; Paris, 1755, 1 vol. in-fol. *Traité de la communauté*, par Pothier. C'est ce traité que les rédacteurs du Code Napoléon ont principalement pris pour guide. *Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, par J. M. Neuss; Düsseldorf, 1809, in-8°. *Systematische Darstellung der Lehre von der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, nach Anleitung des Napoleonischen Gesetzbuchs*, par R. F. Terlinden; Munster et Leipsick, 1810, in-8°. *Traité de la communauté de biens entre époux*, par Battur; Paris, 1829, 2 vol. in-8°. *Die eheliche Errungenschaft nach den Volksrechten und Rechtsbüchern des Mittelalters, verglichen mit einigen nordischen Rechtsquellen*, par J. Held; Munich, 1839, 1 vol. in-8°. — 3° Ouvrages sur le régime dotal : *Traité sur la dot*, par Tessier; Paris et Bordeaux, 1835, 2 vol. in-8°. *Traité du régime dotal*, par Seriziat; Paris, 1843, 1 vol. in-8°. *Traité de la dot*, par Benoit; Paris, 1846, 2 vol. in-8°. *Traité des biens paraphernaux*, par Benoit; Paris, 1846, 1 vol. in-8°. *Régime dotal et communauté d'acquets*, par Bellot des Minières; Paris, 1851 à 1854, 4 vol. in-8°. *Questions sur la dot*, par Tessier ; Paris, 1852, 1 vol. in-8°.

INTRODUCTION.

§ 497.

Aperçu historique.

Les pays coutumiers avaient adopté, pour le règlement des droits respectifs des époux quant à leurs biens, un système qui s'écartait, et par son point de départ, et par ses principales combinaisons, de celui des pays de Droit écrit.

Dans ces derniers on suivait, en général, la législation romaine, qui n'admettait pas, à moins de convention spéciale, de société de biens entre époux. Les biens de la femme s'y divisaient en deux masses distinctes : la dot, dont le mari avait le domaine civil; et les paraphernaux, dont la femme conservait la jouissance et la libre administration.

Dans les pays de coutume, au contraire, et à quelques rares exceptions près[1], il se formait entre les époux, par le seul fait du mariage, une communauté ou société de biens, dont l'étendue et les effets variaient cependant suivant les lieux.

Les premiers linéaments de cette communauté se rencontrent dans les anciennes coutumes germaniques. Ces coutumes plaçaient la femme sous la garde ou tutelle (*mundium*) du mari, auquel elles conféraient, avec la saisine (*gewere*) et l'administration de toute la fortune de cette dernière, la libre disposition de ses meubles, à la charge du paiement des dettes. Ces coutumes, d'un autre côté, donnaient à la femme survivante, le droit de réclamer, outre le prélèvement de ses apports, une certaine portion des acquêts[2]. Il serait difficile de préciser les causes diverses, sous l'influence desquelles ces premiers éléments se sont développés et transformés, pour aboutir, dans certains pays, à l'admission d'une véritable société de biens entre les époux. En France, ce fut pendant la période féodale, et sous l'action des statuts municipaux auxquels donnèrent naissance les chartes d'affranchissement de communes, que le régime de la communauté reçût ses développements les plus importants et sa forme définitive[3].

[1] Au nombre des coutumes qui n'admettaient pas de plein droit la communauté de biens entre époux, nous citerons principalement la coutume de Rennes et celle de Metz. Quant à la coutume de Normandie, elle avait cela de particulier et de tout exceptionnel, que non-seulement elle ne reconnaissait pas de communauté légale, mais qu'elle défendait même la stipulation d'une communauté conventionnelle. Cpr. Lebrun, chap. I; Troplong, *Préface*, p. 142 et suiv.; Zachariæ, § 497, note 1re.

[2] Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, I, § 62 *b*. Walter. *Deutsche Rechtsgeschichte*, §§ 460 à 463. Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 84.

[3] L'origine et les développements de la communauté de biens forment encore aujourd'hui un des points d'histoire les plus controversés. Cpr. Ginoulhiac, p. 159 et suiv.; Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, IV, p. 180 et suiv.; Pardessus, *De la loi salique*, p. 675; Klimrath, *Travaux sur l'histoire du Droit français*, I, 180, et II, 277; Laboulaye, *Condition des*

D'après la coutume de Paris, la communauté comprenait, d'une part, toute la fortune mobilière que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquéraient dans la suite, à quelque titre que ce fût, et, d'autre part, les conquêts immeubles, c'est-à-dire les immeubles acquis pendant le mariage, soit du fonds commun et à titre onéreux, soit même à titre de donation ou de legs, à moins que la disposition n'eût eu lieu en ligne directe. Tous les autres immeubles restaient en dehors de la communauté, et formaient des propres pour celui des époux auquel ils appartenaient.

Du reste, la plupart des coutumes, et notamment celle de Paris, ne soumettaient les époux à la communauté coutumière, qu'à défaut de conventions contraires de leur part. Elles leur laissaient une entière liberté pour modifier ce régime selon leurs convenances, ou même pour s'y soustraire entièrement.

Les conventions qui avaient pour objet de rejeter toute communauté de biens, étaient la clause d'exclusion de communauté, et celle de séparation de biens.

Le régime que fondait la première de ces clauses concordait, en général, avec celui qui, d'après le Droit romain, existait entre les époux, lorsque tous les biens de la femme étaient dotaux. Il n'y avait entre ces deux régimes d'autre différence essentielle, si ce n'est que les immeubles de la femme, mariée avec exclusion de communauté, n'étaient pas frappés d'inaliénabilité, comme les fonds dotaux de la femme, mariée sous le régime dotal.

La clause de séparation de biens créait une situation semblable à celle où se trouvaient des époux mariés en pays de Droit écrit, lorsque, à défaut de constitution de dot, tous les biens de la femme restaient paraphernaux.

Les deux systèmes opposés dont nous venons de retracer les principaux traits, se partageaient encore la France au moment où se préparait le Code Napoléon. La Commission de rédaction, dans

femmes, p. 137 et suiv.; Troplong, *Préface*, p. 116 et suiv.; Rodière et Pont, I, p. 14 et suiv.; Odier, I, 28 et suiv.; Kœnigswarter, *Études historiques sur le Droit civil français*, *Revue de législation*, 1843, XVII, p. 393; D'Olivercrona, *Précis historique sur l'origine et les développements de la communauté de biens entre époux*, *Revue historique*, 1865, IX, p. 169, 248 et 354; Schæffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, I, p. 264 et suiv.; Zachariæ, § 497, texte et note 2.

la vue de faire disparaître cet antagonisme de législation, avait proposé d'ériger la communauté de biens en régime de Droit commun, c'est-à-dire de faire de la communauté, en l'absence de conventions matrimoniales expresses, la règle des intérêts pécuniaires des époux. L'art. 11 de son projet portait. « A défaut de conventions entre époux, il y a communauté de biens. » Cette proposition, attaquée sous divers points de vue au sein du Conseil d'État, ne fut définitivement adoptée qu'après de longs débats[4].

Le parti auquel on s'est arrêté, se justifie au point de vue moral ou philosophique, comme à celui de l'utilité sociale et de la pratique. Il respecte la liberté des conventions, et laisse les époux parfaitement maîtres de choisir le régime dotal ou tout autre, de préférence à celui de la communauté. Au fond, la communauté de biens, qui unit et confond les intérêts pécuniaires des époux, est plus conforme que le régime dotal, qui tend à diviser et à séparer leurs intérêts matériels, à l'institution du mariage, et à la nature des rapports que, dans les idées chrétiennes, cette institution est destinée à établir entre les époux. Le système de la communauté est aussi plus favorable au crédit, et d'une application plus simple et plus facile que le système dotal, qui fait naître, à chaque instant, les complications les plus sérieuses.

Il convient d'ailleurs de remarquer qu'il ne s'agissait pas, à vrai dire, d'une préférence à donner à l'un des systèmes sur l'autre : le débat ne pouvait, en réalité, porter que sur le point de savoir si, en l'absence de contrat de mariage, les époux seraient considérés comme ayant tacitement établi une communauté de biens plus ou moins étendue, ou si, au contraire, ils seraient présumés avoir voulu maintenir, même pendant le mariage, une séparation complète de leurs biens et de leurs intérêts; et la question réduite à ces termes n'était plus susceptible d'une sérieuse controverse.

Ce point réglé, il restait à s'entendre sur l'étendue de la communauté légale quant aux biens qui, pour la propriété même, entreraient dans la formation de la masse commune, ou qui en demeureraient exclus. Les rédacteurs du Code crurent devoir, à l'exemple de la coutume de Paris, restreindre la communauté légale au mobilier des époux et aux immeubles conquêts, alors cependant que leur point de départ les conduisait naturellement à

[4] Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 127, 146 et suiv., p. 202 et suiv.

faire entrer dans la communauté, tous les biens des époux sans distinction. La communauté universelle répond seule, d'une manière complète, à l'idée de l'union des époux par le mariage. On devait d'autant moins hésiter à ériger cette communauté en régime de Droit commun, que l'exclusion des immeubles et leur réserve au profit de chacun des époux, n'a plus, dans notre législation actuelle, de raison d'être, et se trouve en désaccord avec les conditions économiques de la société moderne [5]. Dans l'ancien Droit, cette réserve était logique : elle se rattachait au système des propres de succession, et rentrait dans cet ensemble de règles et d'institutions qui, toutes, tendaient à la conservation des biens dans les familles ; mais notre législation nouvelle, on le sait, a rompu avec ces tendances et ces traditions. Il y a plus, en présence de l'accroissement prodigieux de la richesse mobilière, et alors que la fortune de beaucoup de familles consiste uniquement en valeurs de cette nature, le système qui, tout en excluant de la communauté les immeubles des époux, y fait tomber leur mobilier, même futur, conduit souvent à d'injustes inégalités, et à des résultats, que, ni les époux, ni leurs familles respectives n'eussent d'avance acceptés, s'ils les avaient prévus.

§ 498.

De l'ordre suivi dans la rédaction du titre du contrat de mariage.

Le projet du titre *Du contrat de mariage*, présenté par la Commission de rédaction, se composait de trois chapitres : le premier, contenant quelques dispositions générales ; le second, portant règlement de la communauté légale ; et le troisième, traitant des conventions qui peuvent modifier cette communauté, ou l'exclure complétement. Le troisième chapitre se divisait en deux sections : l'une, consacrée aux conventions ayant pour objet d'exclure la

[5] Zachariæ, § 497, texte *in fine*.— Une proposition en ce sens avait été faite au sein du Conseil d'État ; mais elle fut écartée par la considération qu'il importait de ne pas rompre des habitudes établies. Locré, *Lég.*, XIII, p. 184 et suiv. — MM. Rodière et Pont (I, 343), et Troplong (I, 341) se prononcent, d'après des considérations qui ne nous paraissent pas décisives, en faveur du système adopté par le Code Napoléon.

communauté ; l'autre, aux stipulations tendant simplement à la modifier. La première de ces sections s'occupait : de la clause portant que tous les biens de la femme seront dotaux ; de la stipulation qu'ils seront tous paraphernaux ; de la déclaration que les époux se marient sans communauté ; de la clause de séparation de biens ; enfin, de la stipulation mixte, suivant laquelle les biens de la femme sont pour partie dotaux, et pour partie paraphernaux. L'art. 123 du projet permettait d'ailleurs, quelle que fût la combinaison adoptée par les époux, de stipuler que les biens dotaux de la femme seraient inaliénables.

Cette distribution des matières était rationnelle, et en quelque sorte commandée par l'indication de la communauté de biens, comme régime de Droit commun. Le cadre d'ailleurs, était complet : comme la faculté, laissée aux parties, de déclarer inaliénables les biens dotaux de la femme, leur donnait le moyen de s'approprier, à leur choix, l'une ou l'autre des combinaisons que comporte le régime dotal, la Commission de rédaction n'avait point à s'occuper séparément de ce régime, comme parallèle à celui de la communauté. Enfin, les dispositions du projet, en évitant des redites, présentaient l'avantage de soumettre à des règles uniformes, des situations qui, en réalité, ne diffèrent point entre elles.

La Section de législation du Conseil d'État modifia profondément le travail de la Commission de rédaction. Considérant comme contraire à l'intérêt public, la faculté réservée aux époux de déclarer inaliénables les biens dotaux de la femme, elle la supprima par l'art. 138, ainsi conçu : «Les immeubles constitués en dot, même «dans le cas du présent paragraphe (*régime exclusif de communauté*), ne sont point inaliénables. Toute convention contraire est «nulle.»

L'apparition du projet de la Section de législation, qui, allant jusqu'à proscrire toute stipulation d'inaliénabilité des biens de la femme, sacrifiait entièrement le régime dotal à celui de la communauté, souleva les plus vives réclamations de la part des populations, dont la suppression de ce régime froissait les mœurs et brisait les habitudes. Afin de calmer les esprits, en donnant, dans une certaine mesure, satisfaction à ces réclamations, le Conseil d'État prit le parti de déclarer formellement que les deux régimes étaient maintenus (art. 1391), et d'organiser le régime dotal dans un chapitre particulier. Cet expédient était prudent, sans doute ; mais en s'y arrêtant, on s'exposait au double inconvénient de se

condamner à de fréquentes répétitions, et de poser des règles distinctes, pour des situations qui, au fond, offrent une complète analogie.

§ 499.

De l'interprétation du titre du contrat de mariage.

Les explications données aux deux paragraphes qui précèdent, conduisent à adopter, pour l'interprétation du titre *Du contrat de mariage*, les règles suivantes :

1° Les dispositions relatives à la communauté de biens doivent être interprétées d'après le Droit coutumier, et plus particulièrement dans le sens de la coutume de Paris. Celles qui concernent le régime dotal, doivent l'être d'après le Droit romain, en tenant compte, toutefois, des modifications apportées à cette législation par notre ancienne jurisprudence [1].

2° Il n'y a pas lieu de combiner entre elles, pour les interpréter et les compléter les unes par les autres, les règles que tracent les art. 1530 à 1534 sur l'administration, la jouissance, la disposition, et la restitution des biens de la femme mariée sans communauté, et les dispositions des art. 1549 à 1573, qui statuent sur les biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal [2].

[1] Zachariæ, § 499, texte et note 1re.

[2] Nous prenons ici le contre-pied de l'opinion de Zachariæ, qui enseigne (§ 499, texte et note 2, et § 531, texte et note 15) que les dispositions des art. 1530 à 1535, et celles des art. 1549 à 1573, peuvent et doivent, en général, être complétées les unes par les autres. Cette opinion, que nous avions reproduite sans observation dans nos deux premières éditions, et qui est également professée par MM. Rodière et Pont (III, 2067 et suiv.) nous a paru, après mûr examen, aussi erronée à son point de départ, que fausse dans les applications particulières auxquelles elle conduit. La position respective d'époux mariés sans communauté présente, il est vrai, sauf l'aliénabilité des biens de la femme, une analogie parfaite avec celle dans laquelle se trouvent des époux mariés sous le régime dotal, quand tous les biens de la femme sont constitués en dot. Dans l'une et l'autre hypothèse, en effet, le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme. Mais cette analogie qui, nous le reconnaissons, existe au fond des choses, ne suffit point pour justifier la règle d'interprétation proposée par Zachariæ. C'est la règle contraire qui découle logiquement et forcément des prémisses posées aux §§ 497 et 498. Le régime simplement exclusif de communauté a toujours été distingué du régime dotal : pratiqué dans les

L'application de ces dernières dispositions doit être restreinte au régime dotal, à l'exception seulement de celles qui ne renfermeraient, comme par exemple, les art. 1562, 1566, al. 1er, 1567 et 1568, que de simples applications des principes sur l'usufruit et l'administration de la fortune d'autrui. C'est ainsi, en particulier, que l'al. 2 de l'art. 1549, l'al. 3 de l'art. 1565, l'al. 2 de l'art. 1570, les art. 1571 et 1573, ne peuvent être étendus au cas de simple exclusion de la communauté [3].

3° Les clauses d'un contrat de mariage par lequel les époux établissent une communauté de biens, ne dérogent aux règles de la communauté légale, qu'autant que les parties ont clairement manifesté l'intention de s'en écarter, ou que la dérogation résulte des effets attribués par la loi aux conventions qu'elles ont arrêtées. Art. 1528.

4° Une quatrième règle d'interprétation, mais qui ne découle plus des explications données aux §§ 497 et 498, concerne spécialement les art. 1536 à 1539, rapprochés des art. 1448 à 1450. Les

pays de Droit coutumier, il y avait ses règles propres, et c'est sous cette forme particulière qu'il a passé dans le Code Napoléon. Vouloir étendre à ce régime, sous prétexte de compléter les dispositions législatives qui le règlent, les principes particuliers au régime dotal, c'est, à notre avis, se mettre en opposition tout à la fois avec la tradition historique et avec l'ensemhle des faits relatifs à la rédaction du titre *Du contrat de mariage*. La pensée de la Commission de rédaction avait été, sinon de proscrire le régime dotal, du moins de le considérer simplement comme le résultat d'une clause exclusive de communauté ; et il est digne de remarque que les art. 114 et 115 du projet, qui s'en occupaient à ce point de vue, et qui depuis sont devenus les art. 1530 à 1534 du Code Napoléon, n'avaient reproduit aucun des principes particuliers à la dot, que les rédacteurs des art. 1549, 1565, 1570, 1471 et 1573 ont plus tard empruntés au Droit écrit. Si la pensée de la Commission de rédaction avait été maintenue, personne n'eût pu songer à étendre au régime simplement exclusif de communauté, telle ou telle règle établie pour le régime dotal. Qu'importe après cela que le Conseil d'État ait jugé convenable d'ajouter au projet, un chapitre particulier consacré au régime dotal ? Cette résolution n'autorise, en aucune façon, l'alliage des principes du Droit écrit avec les règles coutumières, reproduites dans les art. 1530 à 1534. Loin de là, elle repousse ce procédé, puisqu'elle a eu précisément pour objet de conserver le régime dotal avec son existence propre et ses règles particulières. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, III, 153, et IV, 480 ; Troplong, III, 2234 ; Duranton, XV, 267, 299 et 300 ; Odier, II, 944 et 970 ; Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 1.

[3] Cpr. § 531, texte n° 2 ; et § 540, note 55.

dispositions contenues dans ces deux séries d'articles sur la séparation de biens conventionnelle et la séparation judiciaire, peuvent, en général, être réciproquement interprétées et complétées les unes par les autres [4].

Du reste, il n'est ici question que de l'interprétation et de l'application de la loi même. S'il s'agissait de rechercher le sens des clauses d'nn contrat de mariage, on devrait, avant tout, s'attacher à la commune intention des parties, d'autant plus que la loi laisse aux futurs époux, la plus grande liberté pour régler, comme ils l'entendent, leurs intérêts pécuniaires [5].

§ 500.

De la dot.

1° La dot, dans le sens propre de ce mot, est le bien que la femme apporte au mari, soit en propriété, soit en jouissance seulement, pour lui aider à supporter les charges du mariage· Art. 1540.

Les biens dont la femme conserve et la propriété et la jouissance, se nomment paraphernaux, quand les époux sont mariés sous le régime dotal. Art. 1574. Il n'existe pas de terme spécial pour les désigner, lorsque les époux sont communs en biens, ou que, sans se soumettre au régime dotal, ils ont exclu la communauté [1].

La clause de séparation de biens et la déclaration de paraphernalité de tous les biens de la femme sont, de leur nature, exclusives de toute idée de dot.

Sous le régime de la communauté, et sauf stipulation contraire, tous les biens de la femme sont dotaux, soit quant à la propriété,

4 Duranton, XV, 306. Zachariæ, § 499, texte et note 4.

5 Battur, II, 393. Zachariæ, § 499, texte et note 5.

1 Les termes *biens personnels* de la femme, qu'on lit aux art. 1413 et 1417, y sont employés pour désigner les biens dont la femme conserve la propriété, mais qui tombent dans la communauté pour la jouissance, et qui constituent par conséquent des biens dotaux quant à cette jouissance.

soit au moins quant à la jouissance[2]. Tous les biens de la femme sont également dotaux, mais quant à la jouissance seulement, lorsque les époux ont exclu la communauté, sans toutefois se séparer de biens. Art. 1530. Enfin, sous le régime dotal, la dot se compose exclusivement des biens que la femme s'est constitués, ou qui lui ont été donnés en contrat de mariage : ses autres biens demeurent paraphernaux. Art. 1541.

Quoique la dot soit, sous ces divers régimes, soumise à des règles différentes, elle présente toujours le caractère fondamental indiqué par l'art. 1540. Cpr. art. 1409, n° 5, et 1530.

Dans un sens plus étendu, le terme *dot* s'applique également aux biens donnés au futur époux, en vue de son établissement par mariage. Les règles qui vont être développées sous les numéros suivants, sont, en général, communes à la dot du mari et à celle de la femme[3].

2° La dot est le plus souvent constituée par les parents des époux ou par des étrangers ; mais rien n'empêche que la femme ne se constitue une dot sur ses biens personnels.

Le père et la mère ne sont pas civilement obligés de fournir une dot à leurs enfants. Art. 204. Mais ils sont, à cet égard, soumis à une obligation naturelle[4]. En promettant une dot, ils sont censés l'avoir fait en exécution de cette obligation, qui pèse également sur l'un et sur l'autre. De là résultent les conséquences suivantes :

[2] La dot de la femme commune en biens est plus spécialement appelée *apport*, quand on la considère comme mise sociale, et qu'il s'agit de savoir si la femme peut la reprendre, et de quelle manière elle peut en exercer la reprise. Cpr. art. 1501, 1502, 1511 et 1514. Le terme *apport* s'applique également aux biens du mari dans le sens qui vient d'être indiqué. Zachariæ, § 500, texte et note 3.

[3] Cpr. Toullier, XII, 316 ; Duranton, VIII, 528, et XIV, 296 ; Rodière et Pont, I, 97 et 112.

[4] Arg. art. 204. En se bornant à dénier à l'enfant, toute action contre ses père et mère, pour un établissement par mariage ou autrement, c'est-à-dire à lui refuser, sous ce rapport, la sanction complète du Droit positif, l'art. 204 indique virtuellement, par cela même, que ces derniers sont soumis à cet égard à une obligation naturelle. Toullier, XII, 325. Troplong, II, 1208 et 1210 ; IV, 3067. Zachariæ, § 509, texte et note 33. Req. rej., 14 juin 1827, Sir., 27, 1, 474. Cpr. § 297, texte n° 2, et note 8.

a. La promesse d'une dot déterminée [5], faite par le père ou la mère en vue d'un mariage qui s'est réalisé de leur agrément, est valable et obligatoire, quoiqu'elle ne soit consignée que dans un acte sous seing privé [6].

b. La dot promise par les père et mère ou par l'un d'eux, doit, à moins de stipulation contraire, être prise sur leurs patrimoines respectifs, encore que l'enfant doté possède des biens personnels. Art. 1546 et arg. de cet article [7].

c. Les père et mère, qui ont constitué conjointement une dot, sans déterminer la part pour laquelle ils entendaient y contribuer, en sont tenus chacun pour moitié, sous quelque régime qu'ils soient mariés, et encore que la dot ait été promise en effets propres à l'un d'eux. Art. 1438 et 1544, al. 1. Si la dot constituée conjointement par le père et la mère, est fournie en biens propres à l'un d'eux, celui-ci devient créancier de l'autre pour la moitié de la valeur de ces biens [8].

[5] Nous disons *déterminée*, car la promesse d'une dot indéterminée, eût-elle même été faite par contrat de mariage, serait à considérer comme non avenue. Art. 1129. Cpr. L. 1, C. *De dot. prom.* (5, 11) ; L. 69, § 4, D. *De jure dot.* (23, 3).

[6] En effet, une obligation naturelle peut servir de cause à une obligation civile; et l'engagement contracté en vue d'accomplir une pareille obligation, ne constituant point une libéralité sujette aux formalités des donations, est valable, quoique contenu seulement dans un acte sous seing privé. Voy. § 297, texte n° 3, lett. *c*, et note 21. Cpr. cep. Req. rej., 10 décembre 1842, Sir., 43, 1, 335. Voy. en sens contraire: Rodière et Pont, I, 96. D'après ces auteurs, une obligation naturelle *ne serait mise en évidence et ne deviendrait efficace, que par le paiement effectif, ou par une donation régulière en la forme.* C'est là, croyons-nous, une grave erreur.

[7] Quoique l'art. 1546 soit placé sous le chapitre qui traite du régime dotal, il doit cependant, à raison de la généralité du motif sur lequel est fondée sa disposition, être appliqué sans distinction du régime sous lequel sont mariés les père et mère qui ont constitué la dot. La même observation s'applique à l'art. 1545 et au second alinéa de l'art. 1544. Duranton, X, 368. Rodière et Pont, I, 97. Zachariæ, § 534, note 5.

[8] Rodière et Pont, I, 101. Troplong, II, 1233 et suiv. Bordeaux, 6 décembre 1833, Sir., 34, 2, 243. — Quel serait l'effet d'une constitution de dot faite par le père et la mère, chacun pour moitié seulement, mais avec engagement solidaire de la payer à des termes convenus? Voy. Montpellier, 30 mai 1866, Sir., 67, 2, 16.

d. La dot promise conjointement par les père et mère communs en biens doit, quoi qu'elle ait été fournie en effets de communauté, être rapportée, non à la communauté, mais pour moitié à chacune des deux successions[9].

e. La femme, mariée sous le régime de la communauté, qui a doté un enfant commun, conjointement avec son mari, sans exprimer que la dot serait exclusivement prise sur les biens communs, ou qu'elle n'entendait s'obliger qu'en qualité de commune en biens[10], est tenue personnellement au paiement de la moitié de la dot. Elle ne peut s'affranchir de cette obligation envers l'enfant doté, en renonçant à la communauté ; et quand la dot a été fournie par la communauté, la femme qui renonce, doit indemnité au mari ou à ses héritiers, pour la moitié de la dot[11].

La constitution de dot faite par le père seul n'engage pas la mère, lors même qu'il a déclaré constituer la dot pour droits paternels et maternels, et que la mère a été présente au contrat. En pareil cas, la dot demeure en entier à la charge du père. Art. 1544, al. 2, et arg. de cet article. Toutefois, si les père et mère étaient communs en biens, la mère serait, en cas d'acceptation de la communauté, tenue de supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'eût déclaré qu'il s'en chargeait pour le tout, ou ce qui reviendrait au même, qu'il ne l'eût promise en biens personnels, ou en avancement d'hoirie sur sa propre succession[12]. Art. 1439.

Réciproquement, la constitution de dot faite par la mère seule, même avec l'autorisation du père, n'engage pas ce dernier, à moins qu'ils ne soient mariés sous le régime de la communauté,

9 Comme l'obligation naturelle de doter est personnelle au père et à la mère, et ne constitue point une dette de communauté, ils sont censés, lors même que la dot a été fournie en effets de la communauté, avoir doté *de suo*. Par suite, la moitié de la dot est rapportable à la succession de chacun d'eux. La Cour de cassation (Civ. cass., 31 mars 1846, Sir., 46, 1, 337) a fait une application fort remarquable de cette règle dans une espèce qui présentait de grandes singularités.

10 Cpr. Agen, 23 mars 1865, Sir., 65, 2, 191.

11 Pothier, n° 655. Duranton, XIV, 285. Rodière et Pont, I, 102. Troplong, II, 1220 et suiv. Zachariæ, § 509, texte *in fine*. Paris, 6 juillet 1813, Sir., 14, 2, 116. Bourges, 29 juillet 1851, Sir., 53, 2, 345. Cpr. cep. Bordeaux, 17 janvier 1854, Sir., 54, 2, 513.

12 Toullier, XIII, 320. Rodière et Pont, 1, 105. Douai, 6 juillet 1853, Sir., 55, 2, 117.

auquel cas le père est tenu, comme chef de la communauté, du paiement de la dot, sauf son recours tel que de droit [13].

Lorsque le survivant des père et mère a constitué une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se prend d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et pour le surplus, sur les biens du constituant. Il n'y a pas, à cet égard, de distinction à faire entre le cas où la part de l'enfant dans la succession du père ou de la mère prédécédé, dépasserait la moitié de la dot, et le cas où elle serait inférieure à cette moitié. Art. 1545.

Que si le survivant avait constitué la dot sur les biens du prédécédé seulement, ou si, en la constituant pour biens paternels et maternels, il avait fixé les portions contributoires de ces deux classes de biens, et que la succession du prédécédé fût insuffisante pour le paiement de la dot ou de la portion constituée sur cette succession, le constituant serait tenu personnellement du complément de la dot en principal et intérêts [14].

La clause par laquelle le père et la mère, en dotant conjointement leur enfant, stipulent que la dot est, en totalité, constituée par avancement d'hoirie sur la succession du premier mourant d'entre eux, ou, ce qui revient au même, qu'elle sera pour le tout imputable sur cette succession, est parfaitement licite, et lie l'enfant doté, aussi bien que les constituants l'un à l'égard de l'autre. Elle a pour effet de faire considérer le survivant des père et mère comme étant resté étranger à la constitution dotale, et de résoudre tout engagement de sa part [15]. De ces propositions découlent les conséquences suivantes :

a. Si le père ou la mère vient à décéder avant que la dot ait été

[13] Art. 1409, n° 2, 1419 et 1469. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *b*, et note 45. Rouen, 27 mai 1854, Sir., 55, 2, 17. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 846 et 1231.

[14] On présume que le survivant des père et mère qui, mieux que les futurs époux, devait connaître la fortune du prédécédé, a entendu accomplir son obligation naturelle de doter, dans la mesure de ce qu'il aurait à fournir pour compléter la dot par lui fixée et constituée. Tessier, I, p. 135. Benoit, I, 57. Rodière et Pont, I, 100.

[15] Toullier, XII, 336. Duranton, XV, 366. Bellot des Minières, I, p. 567. Rodière et Pont, I, 107. Voy. aussi l'arrêt de cassation cité à la note 18 *infra*.

délivrée, l'enfant n'a d'action que contre la succession de celui de ses parents qui est décédé le premier [16].

b. Que si la dot a été délivrée du vivant des père et mère, l'enfant est obligé de la rapporter en totalité à la succession du premier mourant [17], à moins qu'il ne renonce à cette succession, auquel cas il peut la retenir, mais seulement jusqu'à concurrence de la portion disponible [18].

c. Quelle que soit la perte que l'enfant puisse éprouver dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, il n'a aucun recours à exercer contre le survivant de ses père et mère.

D'un autre côté, le survivant a droit à une indemnité sur la succession du prédécédé, lorsque la dot a été fournie, soit en biens à lui propres, soit en effets ou valeurs de la communauté.

Du reste, la clause dont il s'agit n'empêche pas que le père et la mère ne soient tenus actuellement, quoique sous éventualité de résolution, et chacun pour sa part, au paiement de la dot. L'enfant est donc en droit, tant qu'ils vivent tous les deux, d'exiger, de l'un et de l'autre, le paiement de la moitié de la dot [19]. Il y a mieux : lorsque l'un des constituants a fourni, sur ses biens personnels, la totalité de la dot, il peut, au cas de séparation de biens, en demander, dans la liquidation, la bonification pour moitié, sauf report ultérieur de la totalité sur la succession de celui des deux qui

16 Toullier, *loc. cit.* Tessier, I, 140. Rodière et Pont, *loc. cit.*

17 La Cour de Paris (10 août 1843, Sir., 43, 2, 544) avait décidé que la clause portant que *la dot serait imputée en totalité sur la succession du prémourant*, est à considérer comme ayant été uniquement stipulée dans l'intérêt de l'époux survivant, et que dès lors, étrangère à l'enfant doté, elle ne pouvait avoir pour effet de l'astreindre à rapporter la totalité de la dot à la succession du prémourant. Cette interprétation, qui tendait à établir de profondes différences entre la clause conçue dans les termes qui viennent d'être rappelés, et la stipulation portant que *la dot est pour le tout constituée en avancement sur l'hoirie du prémourant*, ne nous avait pas paru acceptable. Comment, en effet, admettre que, vis-à-vis du survivant, la succession du prémourant puisse avoir à fournir ou à supporter la dot en totalité, sans que cette dot soit aussi pour la totalité rapportable à cette succession, ou imputable sur la quotité de biens dont le prémourant a pu disposer, et le cas échéant, réductible à cette quotité. Aussi la Cour de Paris est-elle revenue sur sa première jurisprudence. Paris, 16 mars 1850, Sir., 50, 2, 321. Cpr. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 146.

18 Civ. cass., 11 juillet 1814, Sir., 14, 1, 279.

19 Rodière et Pont, I, 107. Orléans, 21 mai 1848, Sir., 50, 2, 146.

viendra à mourir le premier [20]. Par la même raison, si la dot avait été fournie en valeurs de la communauté, le mari pourrait, au cas de séparation de biens et de renonciation de la femme à la communaute, réclamer, dans la liquidation, une indemnité pour la moitié de la dot, sauf encore règlement définitif au décès de l'un d'eux.

Le régime sous lequel s'est marié l'enfant qui a reçu une dot, est sans influence sur l'application des règles qui viennent d'être développées.

3° A moins de convention contraire, soit expresse, soit implicite [21], les sommes d'argent promises en dot portent, de plein droit, intérêt du jour du mariage, encore que les parties aient stipulé des termes de paiement. Les fruits naturels ou civils d'autres objets constitués en dot, sont également dus, de plein droit, à partir de ce jour. Art. 1440, 1548 et arg. de ces articles.

La circonstance qu'une créance improductive d'intérêts, et non encore exigible, a été indiquée, même dans le contrat de mariage, comme devant servir au paiement d'une dot promise en argent, n'a pas, en général et à elle seule, pour effet de dispenser les constituants de l'obligation de servir les intérêts de la dot [22]. Mais la règle qui fait courir les intérêts de plein de toute somme d'argent promise en dot, serait sans application au cas où une créance non productive d'intérêts aurait fait, comme telle, l'objet direct et principal d'une constitution dotale [23].

Lorsque la dot comprend des objets qui ne produisent, ni fruits naturels ou industriels, ni fruits civils, le retard apporté à la délivrance de ces objets, ne peut donner lieu contre les constituants, qu'à une demande en dommages-intérêts dans les termes du Droit commun [24].

Malgré la faveur de la dot, les intérêts de la somme promise à

20 Bourges, 29 juillet 1851, Sir., 53, 2, 345. Paris, 6 novembre 1854, Sir., 55, 2, 607.

21 Zachariæ, § 500, texte et note 12. Cpr. Civ. cass., 13 mars 1827, Sir., 27, 1, 444.

22 Cpr. Civ. rej., 7 juillet 1835, Sir., 35, 1, 914.

23 Delvincourt, III, p. 403. Bellot des Minières, IV, p. 53. Tessier, I, 167. Benoit, I, 158. Rodière et Pont, I, 128. Troplong, II, 1255. Zachariæ, § 500, note 11. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 97.

24 Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, II, 1256.

ce titre, sont soumis à la prescription de cinq ans, établie par l'art. 2277 [25].

4° Toute personne qui a constitué une dot, est, de plein droit, tenue à garantie pour l'éviction des biens, corporels ou incorporels, qui en forment l'objet. Art. 1440 et 1547 [26]. Cette obligation pèse sur la femme elle-même lorsque, en se mariant sous le régime dotal, elle s'est constitué certains objets individuellement déterminés [27].

La garantie de la dot constituée à la femme, soit par ses parents, soit même par un tiers, est due à la femme elle-même, aussi bien qu'au mari [28]. Mais l'objet et l'étendue de la garantie ne sont pas toujours les mêmes pour les deux époux : ils se déterminent d'après les droits que les conventions matrimoniales attribuent à chacun des conjoints sur l'objet dont ils se trouvent évincés.

L'action en garantie peut être exercée, non-seulement pendant le mariage, mais encore après sa dissolution, soit qu'il existe des enfants, soit qu'il n'en existe pas [29]. Elle n'est pas exclusivement attachée à la personne des époux, et passe à leurs héritiers, même collatéraux [30].

25 Troplong, *De la prescription*, II, 1025. Tessier, I, 166. Benoit, nos 191 et suiv. Rodière et Pont, I, 131. Limoges, 26 janvier 1828, Sir., 29, 2, 31. Bordeaux, 8 février 1828, Sir., 28, 2, 116. Agen, 18 novembre 1830, Sir., 32, 2, 57, Toulouse, 12 août 1834, Sir., 35, 2, 207. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102.

26 La garantie de la dot qui, en principe, n'aurait pas lieu de plein droit, si l'on ne considérait la constitution dotale que dans la personne du constituant (cpr, § 310), a été admise en faveur du mariage, et à raison des charges qui doivent en résulter pour les futurs époux.

27 Il ne pourrait être question de la garantie de la dot de la part de la femme, si la dot portait sur l'universalité ou sur une quote-part de ses biens. Rodière et Pont, I, 124. Zachariæ, § 500, texte et notes 9 et 10.

28 Duranton, XV, 375. Bellot des Minières, I, p. 568. Benoit, I, 80. Tessier, I, p. 193. Rodière et Pont, I, 112. Odier, III, 1145. Troplong, II, 1250. Zachariæ, § 500, note 8. Civ. rej., 22 nivôse an X, Sir., 2, 1, 200.

29 Voy. les autorités citées à la note précédente. Cpr. cep. Delvincourt, III, p. 102; Seriziat, n° 52.

30 En l'absence de disposition contraire, on doit s'en tenir à la règle de la transmission de tous les droits et actions du défunt, à ses héritiers quels qu'ils soient. Troplong, II, 1251. Rodière et Pont, I, 112. Ces derniers auteurs ont rétracté l'opinion contraire qu'ils avaient émise dans leur première édition.

Les dispositions qui règlent les effets de l'obligation de garantie en matière de vente ou de cession, s'appliquent, par analogie, à la garantie de la dot, toutefois avec les modifications qui résultent forcément de la circonstance que l'époux reçoit la dot sans payer de prix et sans fournir aucune contre-valeur. Lorsqu'il s'agit de l'éviction d'une chose corporelle, la valeur à bonifier aux époux est celle que la chose avait au moment de la célébration du mariage [31]. Quant aux créances déclarées nulles ou non existantes, l'indemnité à payer aux époux est de la somme que, dans la supposition d'une créance réelle, et eu égard à la position de fortune du débiteur, ils eussent pu recouvrer sur lui [32].

5° Les dispositions que renferme le contrat de mariage ou la loi sur la consistance de la dot, ne peuvent, pendant le mariage, être modifiées, ni directement ni indirectement, par les époux eux-mêmes. Art. 1395. La question de savoir si des tiers peuvent, en faisant une donation aux époux ou à l'un d'eux, y apposer des conditions qui s'écarteraient de ces dispositions, doit être résolue diversement selon le régime sous lequel les époux sont mariés. Cpr. art. 1401, n° 1, et 1543.

§ 501.

Du contrat de mariage. — 1. *Généralités.*

Le contrat de mariage est la convention par laquelle deux personnes qui veulent s'unir par mariage, règlent, quant à leurs biens, les droits dont elles jouiront comme époux, l'une à l'égard de l'autre.

L'acte qui constate cette convention, peut renfermer en même temps, et c'est ce qui arrive communément, des donations faites,

31 La disposition de l'art. 1631 est sans application possible à la constitution de dot. L'époux évincé a droit à la réparation de la perte que l'éviction lui a fait éprouver, et ne peut rien réclamer au delà : or, cette perte se détermine par la valeur de la chose au moment de l'éviction. Rodière et Pont, I, 119.

32 Rodière et Pont, I, 116. — C'est évidemment à tort que M. Seriziat (n° 51), enseigne que le constituant doit garantir la solvabilité actuelle et future du débiteur de la créance constituée en dot.

soit par l'un des futurs époux à l'autre, soit par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux [1].

Quoique ces donations, régies par des règles spéciales, doivent, à tous égards, être considérées comme des clauses du contrat de mariage, nous n'avons pas cru devoir en traiter au présent chapitre : nous nous réservons, à l'exemple du Code civil, de développer, dans la théorie des dispositions à titre gratuit, les principes qui les concernent.

La loi n'impose pas aux futurs époux, l'obligation de régler leurs conventions matrimoniales par un contrat de mariage. En l'absence d'un pareil contrat, et à supposer que la loi française soit applicable à leur association [2], ils sont censés avoir voulu adopter, pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, les dispositions du Code civil sur le régime de la communauté légale ; et les droits que ce régime attribue à chacun d'eux, leur sont acquis d'une manière aussi irrévocable, que s'ils les avaient établis par une convention expresse [3]. Art. 1387 et 1393.

Les droits respectifs des époux mariés avant la promulgation du titre du Code relatif au contrat de mariage, restent, même en ce qui concerne les droits qui ne se sont ouverts, ou les biens qui n'ont été acquis que depuis cette époque, exclusivement régis par leur contrat de mariage, ou en l'absence de contrat, par la loi ou la coutume sous l'empire de laquelle ils se sont mariés [4]. De plus, s'il a été passé un contrat de mariage, les effets des stipulations y contenues doivent être déterminés, quant à la nature et à la distinction des biens, par la loi ou la coutume en vigueur au moment

[1] Rien n'empêche même que le contrat de mariage ne contienne des conventions à titre onéreux, telles qu'une vente, un bail, etc., passées entre les époux ou avec des tiers. Mais ces conventions, qui ne se trouvent que matériellement reliées au contrat de mariage, restent en général soumises aux règles du Droit commun. La capacité des parties, notamment, n'est pas, en ce qui les concerne, régie par les dispositions exceptionnelles de l'art. 1398. Larombière, *Des obligations*, IV, p. 145. Zachariæ, § 501, à la note. Bordeaux, 25 janvier 1826, Sir., 26, 2, 245. Grenoble, 5 août 1859, Sir., 61, 2, 21, à la note. Voy. cep. Grenoble, 10 juillet 1860, Sir., 61, 2, 21.

[2] Cpr. § 504 *bis*, sur la question de savoir quelle est la loi à laquelle, en l'absence de contrat de mariage, les époux sont censés s'être soumis.

[3] Cpr. § 30, texte II, n° 3, notes 45 à 47.

[4] Civ. rej., 27 janvier 1840, Sir., 40, 1, 257.

de la passation de ce contrat. Ainsi, lorsque les époux, en se mariant sous l'empire d'une coutume qui réputait immeubles les rentes constituées, ont, par une clause de leur contrat de mariage, attribué les meubles au survivant, celui-ci n'a pas de droit exclusif aux rentes de cette espèce, alors même qu'elles n'auraient été constituées que depuis la promulgation du Code civil [5].

D'un autre côté, les époux qui s'étaient mariés sous l'empire d'une loi qui permettait de changer les conventions matrimoniales pendant le mariage, ont conservé cette faculté après la promulgation du Code [6].

Toutes conventions matrimoniales et toutes donations par contrat de mariage sont censées faites dans la supposition qu'elles seront suivies d'un mariage valable. Si le mariage en vue duquel de pareilles conventions ou donations ont été consenties, ne se réalise pas, ou qu'il vienne à être annulé, elles sont à considérer comme non avenues. Toutefois, cette règle reçoit exception dans le cas où le mariage annulé doit, à raison de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, produire les effets d'un mariage putatif [7]. D'un autre côté, elle ne s'applique pas aux stipulations, étrangères aux conventions matrimoniales, qui seraient intervenues entre l'un des futurs époux et des tiers [8].

Lorsque la nullité dont le mariage était dans le principe entaché, se trouve couverte, le contrat de mariage, d'ailleurs valable en lui-même, ne peut plus être attaqué à raison de cette nullité seule [9].

Mais, quand le contrat de mariage se trouve entaché d'un vice qui lui est propre, ce vice fût-il de même nature que celui qui affecterait le mariage même, l'action en nullité de ce contrat est

5 Civ. cass., 27 janvier 1840, Sir., 40, 1, 260.

6 Voy. § 503 *bis*, texte nº 3.

7 Art. 201 et 202. Cpr. § 460.

8 Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609.

9 L'application ou l'exécution du contrat de mariage suppose bien l'existence du mariage en vue duquel il a été passé. Mais il importe peu que le mariage ait été célébré valablement, ou que, entaché de nullité à l'origine, il n'ait été validé que dans la suite. Il ne s'agit pas ici d'une condition proprement dite, à laquelle soit subordonnée la formation du contrat de mariage, mais d'un de ces faits ou événements que les jurisconsultes romains appelaient *conditiones tacitæ*. Cpr. § 302, texte et note 2. Aussi, la proposition émise au texte ne fait pas difficulté.

recevable, malgré la confirmation du mariage et les fins de non-recevoir qui mettraient ce dernier à l'abri de toute attaque. C'est ainsi, par exemple, que le contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance des personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité de son mariage, n'est pas confirmé par la circonstance que la nullité du mariage, également célébré sans ce consentement, se trouverait couverte aux termes de l'art. 183[10]. C'est ainsi encore que le contrat de mariage passé, même avec l'assistance des personnes désignées en l'art. 1398, par un mineur qui n'avait pas atteint l'âge requis pour se marier, reste sujet à annulation, encore que le mariage, célébré également avant cet âge, soit devenu inattaquable par suite de l'une des circonstances indiquées dans l'art. 185[11].

[10] Duranton, XIV, 10. Rodière et Pont, I, 181. Odier, II, 610. Bertauld, *Revue critique*, 1865, XXVI, p. 289 et 290. Civ. rej., 13 juillet 1857, Sir., 57, 1, 801. Voy. aussi § 502, texte et notes 21, 32 et 33. — Marcadé (sur l'art. 1398, n° 2) et Troplong (I, 98), enseignent, au contraire, que le mineur, en gardant le silence pendant l'année que l'art. 183 lui donne pour réclamer contre son mariage, confirme aussi bien le contrat de mariage, que le mariage même. Mais, en se prononçant dans ce sens, ils ne tiennent pas compte du principe que les nullités d'un contrat de mariage ne sont susceptibles de se couvrir pendant le mariage, ni expressément, ni tacitement; principe que Troplong (I, 288) n'hésite cependant pas à appliquer aux nullités résultant d'un défaut de capacité. D'ailleurs, de ce que, dans des vues d'ordre public, la loi a fait du silence des parties pendant un certain délai, une fin de non-recevoir contre telle action en nullité du mariage, il ne s'ensuit nullement que ce silence doive couvrir également la nullité des conventions matrimoniales. Le maintien de ces conventions n'intéresse que fort indirectement la société, ou du moins ne l'intéresse pas au même degré que le maintien du mariage même. Ajoutons que l'opinion de Marcadé et de Troplong conduirait à un résultat assez singulier. Un mineur a passé un contrat de mariage sans l'assistance des personnes dont le consentement lui était nécessaire pour le mariage; s'il se marie avec le consentement de ces personnes, son contrat de mariage restera nul, et ne sera susceptible d'aucune confirmation, ni de sa part, ni de celle de ses parents; si, au contraire, allant plus loin dans la voie des irrégularités, il contracte aussi mariage sans le consentement de ces derniers, le contrat de mariage se trouvera validé par le seul effet de leur silence et de celui du mineur devenu majeur. N'y aurait-il pas dans ces résultats opposés une inconséquence dont la raison s'accommoderait difficilement?

[11] Duranton, XIV, 9. Odier, II, 605. Rodière et Pont, I, 40. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 96 et 97. Cpr. aussi : Marcadé, *loc. cit.* Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, le contrat de mariage est entaché d'un vice

§ 502.

2. *Des personnes qui doivent figurer au contrat de mariage. — De la capacité requise pour ce contrat.*

1° Les futurs époux doivent, comme parties principalement intéressées, figurer au contrat de mariage, soit en personne, soit par un mandataire, porteur d'une procuration spéciale et authentique [1]. Le contrat de mariage passé en l'absence de l'un des époux, pour lequel a stipulé un tiers dépourvu de mandat régulier, est à considérer comme non avenu. Il en serait ainsi, dans le cas même où l'époux non présent au contrat étant encore mineur, son père et sa mère auraient stipulé en son nom et en se portant fort pour lui [2].

La non-existence, comme contrat de mariage, d'un acte dressé en l'absence de l'un des époux, peut être opposée, non-seulement par ce dernier et par le tiers qui aurait intérêt à faire écarter les

propre, en ce que le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge requis pour le mariage, est, même avec l'assistance de ses parents, tout aussi inhabile à faire un contrat de mariage, qu'il est incapable de se marier. L'art. 1398 suppose un mineur capable de contracter mariage, et à défaut de cette condition, sa disposition, tout exceptionnelle et de faveur, ne peut plus trouver d'application.

[1] Cpr. § 411, texte et note 7. Rodière et Pont, I, 145. Civ. rej., 29 mai 1854. Sir., 54, 1, 437.

[2] Par suite d'une pratique vicieuse, suivie surtout dans certaines contrées du Midi, beaucoup de contrats de mariage s'y dressaient hors la présence des époux, au nom desquels stipulaient leurs parents respectifs. On voulut pendant quelque temps essayer de défendre la validité de pareils actes, surtout dans le cas où les parents s'étaient portés fort pour leurs enfants ; mais cette thèse n'était pas soutenable. Par cela même que le contrat de mariage doit, à peine de nullité, être fait avant la célébration du mariage, et qu'il ne peut, après cette époque, y être apporté aucun changement, il est d'absolue nécessité que le consentement des époux soit, dès avant le mariage, constaté d'une manière certaine et authentique. Aussi la jurisprudence s'est-elle, sans hésitation, prononcée contre la validité des contrats faits dans la forme indiquée au texte ; et il n'y a plus divergence d'opinions que sur les conséquences que doit entraîner, en pareil cas, l'absence des futurs époux ou de l'un d'eux.

conventions qu'il contient[3], mais même par l'époux qui y a personnellement figuré.

Elle a pour conséquence, quelles que soient d'ailleurs les conventions arrêtées entre les parties qui ont concouru à l'acte, de faire considérer les époux comme s'étant mariés sous le régime de la communauté légale[4].

Elle entraîne, d'un autre côté, la nullité de toute disposition qui ne vaudrait qu'à la condition d'être contenue dans un contrat de mariage régulier. Ainsi, seraient nulles, en pareil cas, les dispositions qui auraient pour objet des biens à venir, et même les donations de biens présents, si elles n'avaient pas été expressément acceptées, ou si l'acte qui les renferme, n'avait pas été dressé en la présence réelle du notaire en second ou des témoins[5].

Quant aux valeurs mobilières comprises dans une constitution dotale, et qui auraient été de fait délivrées aux époux, elles tombent dans la communauté, alors même qu'elles devaient, d'après le régime que l'on avait entendu établir, demeurer propres à l'époux donataire[6].

[3] Nîmes, 8 janvier 1850, Sir., 50, 2, 91. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

[4] Arg. art. 1393. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Nîmes, 6 août 1851, Sir., 51, 2, 616. Toulouse, 19 janvier 1853, Sir., 54, 2, 33. Pau, 1er mars 1853, Sir., 54, 2, 34. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49. Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 35. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437. Montpellier, 21 décembre 1857, Sir., 59, 2, 524.

[5] Par cela même que l'acte, dressé en l'absence de l'un des époux, n'a pas le caractère légal de contrat de mariage, les parties se trouvent replacées, quant aux donations qu'il contient, sous l'empire du Droit commun. MM. Rodière et Pont (I, 148) pensent cependant qu'une donation de biens présents, contenue dans un pareil acte devrait être maintenue, quoique n'ayant pas été expressément acceptée. Nous ne saurions partager cette opinion. En admettant, comme le soutiennent ces auteurs, que le contrat de mariage, dressé en l'absence de l'un des futurs époux, soit simplement annulable, son annulation aura toujours pour conséquence forcée d'enlever aux dispositions qui y sont contenues, le caractère exceptionnel et privilégié des donations par contrat de mariage.

[6] En vain objecterait-on qu'un pareil résultat contrarierait l'intention de l'auteur de la disposition, intention qui ressort, d'une manière non équivoque, du choix même du régime sous lequel on avait entendu marier les époux. Cette objection serait sans valeur : Comme c'est sans leur volonté, et par la seule force de la loi, que les époux sont, dans l'hypothèse qui nous occupe, soumis au régime de la communauté légale, c'est uniquement aussi dans les dispositions de

Le contrat de mariage, dressé en l'absence des époux ou de l'un d'eux, peut être ratifié, avant le mariage, dans la forme déterminée par les art. 1396 et 1397 [7]. Mais le fait seul de la cébration n'emporte pas ratification de ce contrat [8]; et les époux ne peuvent, durant le mariage, l'approuver par aucun fait, ni par aucun acte[9]. Du reste, rien n'empêche qu'après la dissolution du mariage, les héritiers du conjoint prédécédé et le survivant ne s'approprient un pareil contrat, soit par une déclaration expresse de ratification, soit tacitement, en règlant leurs droits respectifs conformément aux dispositions qu'il renferme [10].

2° Toute personne habile à contracter mariage, est aussi, en principe, habile à faire un contrat de mariage, ou à se soumettre, par le fait même du mariage, au régime matrimonial qu'en l'absence de contrat exprès les époux sont censés avoir adopté. *Habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias. Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

la loi sur ce régime, qu'il convient de chercher la règle de leurs intérêts. Rien ne prouve d'ailleurs que, s'il avait été question d'établir le régime de la communauté, l'auteur de la constitution dotale eût, par une clause spéciale, réservé en faveur de l'époux donataire la propriété des valeurs comprises dans la constitution, ni surtout qu'une pareille réserve eût été admise par l'autre époux; et on se mettrait en opposition avec le principe de réciprocité qui sert de base à l'association des époux sous le régime de la communauté, en exigeant que l'un des époux versât ses capitaux dans la communauté, tandis que l'autre en serait dispensé, sans cependant que cette inégalité de position eût été formellement stipulée et acceptée. Pont, *Revue critique*, 1853, III, p. 6 et suiv. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Toulouse, 19 janvier 1853, Pau, 1er mars 1853, et Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 33 à 35. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437. Civ. rej., 9 janvier 1855, Sir., 55, 1, 125. Voy. en sens contraire: Toulouse, 5 mars 1852, Sir., 52, 2, 257; Nîmes, 30 août 1854, Sir., 54, 2, 641.

[7] Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49.

[8] La raison en est que le contrat de mariage est un contrat solennel, qui, par cela même, n'est susceptible d'être ratifié que dans les formes auxquelles il est soumis. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613.

[9] La ratification serait nulle aux termes de l'art. 1395, puisqu'elle tendrait à écarter ou à modifier le régime de la communauté légale, que les époux sont présumés avoir adopté. Req. rej., 6 avril 1858, Sir., 59, 1, 17. Nîmes, 12 novembre 1863, Sir., 64, 2, 158.

[10] Civ. rej., 10 avril 1866, Sir., 66, 1, 190. Cpr. Toulouse, 2 juin 1857, Sir., 57, 2, 513.

Mais cette capacité, conséquence nécessaire de celle de se marier, et qui en est inséparable, n'emporte pas de soi, pour toute personne indistinctement, la faculté d'aliéner ses biens par contrat de mariage, et d'en disposer avec toute la liberté qui appartient au majeur, en possession du plein exercice de ses droits. La faculté d'aliéner ou de disposer reste, alors même qu'il s'agit de conventions matrimoniales, soumise, en principe, aux règles du Droit commun.

Ces propositions conduisent, pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, et pour celles qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité ou de démence, aux applications suivantes:

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, pouvant contracter mariage sans l'assistanee de ce conseil, est aussi capable de régler, sans cette assistance, ses conventions matrimoniales, en ce sens qu'il lui est permis de se soumettre, expressément ou tacitement, à la communauté légale, ou de stipuler tout autre régime qui n'emporte, que dans une mesure plus restreinte, aliénation ou disposition de ses biens. C'est ainsi qu'il peut, sans l'assistance de son conseil, soit adopter le régime dotal ou un régime simplement exclusif de communauté, soit restreindre, au moyen d'une clause de réalisation, les effets de la communauté légale. Mais cette assistance lui est indispensable pour passer des conventions matrimoniales dont l'effet serait de conférer à son conjoint, des avantages, actuels ou éventuels, simples ou réciproques, plus étendus que ceux qui résultent de la communauté légale, pour consentir, par exemple, une communauté universelle, et des clauses d'ameublissement ou de partage inégal de la communauté [11]. A plus forte raison, aurait-il besoin de la même assistance pour disposer, à titre purement gratuit, au profit de son futur conjoint [12];

[11] Cpr. sur ces propositions : § 140, texte et note 24.

[12] M. Troplong (I, 97), écartant l'application de l'art. 513, et donnant à la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, un sens absolu, reconnaît au prodigue, une capacité pleine et entière pour faire, sans l'assistance de son conseil, au profit de son futur conjoint, toute espèce de donations, soit de biens à venir, soit même de biens présents. Son opinion, qui a été adoptée par un arrêt de la Cour suprême (Civ. cass., 24 décembre 1856, Sir., 57, 1, 246), s'appuie sur les motifs suivants : 1° La liberté du consentement, qui est l'âme du mariage, doit dominer également dans le contrat de mariage, qui en est souvent la condition. 2° On ne peut diviser le contrat de mariage, et, tout en maintenant le régime que les époux ont adopté, annuler les donations qui s'y trouvent mêlées.

et à cet égard, il n'y a aucune distinction à établir entre les

3° L'art. 513 ne saurait recevoir application au contrat de mariage du prodigue, puisque les prohibitions d'aliéner et d'hypothéquer qu'il établit, feraient obstacle à la constitution de l'hypothèque de la femme sur les biens du mari, et à d'autres conséquences du régime de la communauté, ce qui est inadmissible. 4° Enfin, en subordonnant la validité du contrat de mariage à l'assistance du conseil, on fait dépendre le mariage même de la volonté d'un tiers. Ces arguments ne nous paraissent, ni concluants, ni même juridiquement exacts. Le premier n'est, nous le croyons, qu'une pétition de principe, masquée sous une équivoque de mots. Le principe du libre consentement des époux, comme condition essentielle du mariage, n'a d'autre signification que celle-ci : la loi ne reconnaît aucun effet, ni à une promesse de mariage, ni à la défense de se marier imposée à une personne, comme condition d'une donation ou d'un legs ; les époux doivent, jusqu'à la célébration du mariage, rester parfaitement libres de s'arrêter ou de passer outre. Or, ce principe n'est aucunement engagé dans la question qui nous occupe. Il s'agit ici de savoir si la faculté dont jouit une personne de se marier sans le consentement d'un tiers, emporte nécessairement pour elle, quelle que soit sa condition civile, capacité pleine et entière de disposer de ses biens par contrat de mariage ; et cette thèse, qui aurait besoin d'être justifiée, la Cour de cassation se contente de l'énoncer sous forme d'axiome. Il en est de même de la prétendue indivisibilité des différentes stipulations et dispositions contenues dans un contrat de mariage. L'objet principal de ce contrat consiste dans la détermination du régime que les futurs époux entendent adopter. Le plus souvent, il est vrai, les contrats de mariage contiennent également des donations de biens présents ou à venir faites par des tiers aux futurs conjoints, ou par l'un des futurs époux à l'autre ; mais quelque intime que puisse être le rapport de connexité existant entre ces donations et le régime dont les époux ont fait choix, elles n'en sont cependant pas absolument inséparables : elles peuvent être révoquées ou annulées, sans que, pour cela, le contrat tombe quant à son objet principal. Ainsi, qu'une constitution dotale, faite en faveur de l'un des époux, soit annulée pour défaut de capacité dans la personne du constituant, ou révoquée pour cause de survenance d'enfants, le régime adopté par les époux n'en subsistera pas moins sans modification. Il y a plus : la Cour de cassation reconnaît elle-même qu'une donation faite par l'un des futurs époux à l'autre, est susceptible d'être annulée par l'application de l'art. 901, comme émanée d'une personne qui n'était pas saine d'esprit. Or, cela serait-il possible, si les diverses conventions et dispositions contenues dans un contrat de mariage, formaient un tout absolument indivisible? Et si une donation faite par l'un des futurs époux à l'autre, est susceptible d'être annulée en vertu de l'art. 901, nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas l'être aussi en vertu de l'art. 513. La circonstance qu'au dernier cas, il ne s'agirait que d'une incapacité purement civile, tandis qu'au premier, l'incapacité serait morale, ne peut évidemment avoir d'influence sur la solution de la question, qui est toujours de savoir si la nature du contrat de mariage s'oppose à toute division des conventions qu'il renferme. L'argument pris de ce que

donations de biens présents, et les donations de biens à venir

l'application de l'art. 513 au contrat de mariage du prodigue ferait obstacle à certaines conséquences du régime de la communauté légale, et à l'efficacité de l'hypothèque de la femme, n'est pas plus solide que les deux premiers. Nous croyons l'avoir suffisamment réfuté à la note 24 du § 140, en ce qui concerne les effets qu'entraîne la soumission au régime de la communauté légale : et, en tant que le raisonnement s'applique à l'hypothèque légale de la femme, il porte si évidemment à faux, qu'on éprouve quelque étonnement à le trouver dans les considérants d'un arrêt de la Cour régulatrice. L'hypothèque de la femme sur les biens du mari est une conséquence légale et nécessaire du mariage ; ce n'est pas le mari qui la constitue par un acte de libre volonté ; c'est la loi qui l'établit dans des vues d'ordre public, en l'attachant au fait même du mariage, et sans égard à la nature particulière du régime dont les époux ont fait choix. L'établissement de cette hypothèque ne prouve donc absolument rien pour la capacité du prodigue de disposer par contrat de mariage. Reste cette considération que la nécessité du consentement du conseil judiciaire aux conventions matrimoniales du prodigue pourrait, dans certains cas, devenir un empêchement au mariage même. Nous répondrons que, si la personne à laquelle le prodigue veut s'unir, au lieu de se contenter des avantages, peut-être déjà considérables, que lui offrirait l'adoption de la communauté légale, exige des concessions exagérées, auxquelles le conseil croit de son devoir de résister, et que, si ce refus d'assistance peut ainsi devenir un empêchement à la conclusion du mariage, un tel résultat n'est certes pas, dans les circonstances où il se produit, une raison pour rendre momentanément au prodigue, la libre disposition de sa fortune. Que si (ce que l'on ne doit pas facilement supposer), le conseil refusait son consentement à des avantages qui, eu égard à la fortune et à la position du prodigue, ne présenteraient rien d'exagéré et d'abusif, ce refus ne créerait point un obstacle insurmontable : le prodigue serait autorisé à s'adresser aux tribunaux pour faire enjoindre au conseil de lui prêter son assistance, ou pour provoquer son remplacement. Nous ajouterons, comme justification de notre manière de voir, qu'il n'existe aucun texte qui, quant à la passation d'un contrat de mariage, relève complétement le prodigue de l'incapacité d'aliéner ses biens, dont la loi le frappe pour le garantir contre sa propre faiblesse et contre les entraînements de la passion ; et tout ce qu'en bonne logique, il est permis de conclure de la faculté qu'il conserve de se marier sans l'assistance de son conseil, c'est qu'il peut aussi sans cette assistance se soumettre, soit par convention expresse, soit tacitement et par le fait même du mariage, aux conséquences du régime de la communauté légale. Restreinte à ces termes, la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, est parfaitement rationnelle, et porte en elle-même sa justification ; mais rien n'autorise à dire que le législateur ait entendu la consacrer dans le sens absolu que lui attribuent M. Troplong et la Cour de cassation. Les art. 1095 et 1398, qui permettent au mineur de faire, par contrat de mariage, et au profit de son futur conjoint, des donations réciproques, ou même simples, subordonnent l'exercice de cette faculté à l'assistance des personnes dont le con-

seulement[13]. Art. 499 et 513, et arguments de ces articles.

Les personnes dont l'interdiction a déjà été prononcée, sont civilement incapables de faire un contrat de mariage, comme elles le sont de conclure toute autre convention. Si donc, un interdit s'était marié après avoir passé un pareil contrat, son tuteur ou ses héritiers seraient fondés à en demander la nullité par application de l'art. 502, encore que le mariage même fut valable, comme

sentement lui est nécessaire pour le mariage ; et cette condition garantit pleinement ses intérêts et ceux de sa famille. Les dispositions de ces articles, fondées d'ailleurs sur des considérations particulières au mariage des mineurs, loin de pouvoir être invoquées à l'appui d'une doctrine qui laisserait le prodigue sans protection, précisément dans la circonstance où la séduction est le plus à craindre, semblent au contraire la condamner. Cette doctrine prête encore à critique sous un autre point de vue, qui paraît avoir échappé à l'attention de la Cour de cassation. Si, comme on le prétend, l'art. 513 est inapplicable aux conventions matrimoniales du prodigue, l'art. 499 devra de même, et par des raisons identiques, rester sans application au contrat de mariage de la personne pourvue d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit. La conséquence serait forcée ; et ne suffit-il pas de la signaler pour démontrer l'erreur et les dangers de la doctrine dont elle découle ? Que l'on ne dise pas que le faible d'esprit et sa famille trouveront toujours dans l'art. 901 un remède qui leur permettra d'attaquer, pour cause d'insanité d'esprit, les dispositions déraisonnables et excessives qu'il aura faites. Ce remède, en effet, pourrait bien faire défaut, alors même qu'il s'agirait de donations ouvertes ; et, en tout cas, il ne s'appliquerait pas aux autres conventions matrimoniales, par lesquelles cependant le faible d'esprit pourrait avoir inconsidéremment engagé ou aliéné sa fortune. En terminant nous ferons remarquer que la Cour d'Agen, appelée à statuer sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassation du 24 décembre 1856, n'a pas hésité à adopter la solution que la Cour suprême avait cru devoir condamner (21 juillet 1857, Sir., 57, 2, 530). Voy. dans le sens de notre opinion les autorités citées à la note suivante.

[13] Marcadé, sur l'art. 513, n° 1, et sur l'art. 1398, n° 4. Valette, sur Proudhon, II, p. 468, note *a*. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, n° 702. Demante, *Cours*, II, 285 *bis*, V. Demolombe, III, 22 ; VIII, 737 et suiv. Valabrègue, *Revue pratique*. 1867, XXIV, p. 291. Amiens, 21 juillet 1852, Sir., 52, 2, 572. Bordeaux, 7 février 1855, et Pau, 31 juillet 1855, Sir., 56, 2, 65 et 68. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 1379 ; Duranton, III, 800, et XIV, 15 ; Rodière et Pont, I, 48 ; Odier, II, 613 et 614 ; Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 270. Cette dernière opinion ne nous paraît pas compatible avec la nature de l'institution contractuelle qui, au point de vue de la capacité des parties, doit, à raison de son irrévocabilité, être plutôt assimilée à une donation entre-vifs qu'à une disposition testamentaire. Cpr. § 739, texte n° 2.

ayant été célébré pendant un intervalle lucide, ou qu'il se trouvât protégé par des fins de non-recevoir contre tout action en nullité[14].

L'individu qui se trouve dans un état plus ou moins permanent de démence, mais dont l'interdiction n'a pas encore été prononcée, conservant, malgré la faiblesse ou l'altération de ses facultés mentales, la capacité de se marier et de disposer de ses biens dans des intervalles lucides, peut, dans un pareil intervalle, régler avec une entière liberté ses conventions matrimoniales, et

[14] Req. rej., 28 décembre 1831, Sir., 32, 1, 358. Cpr. aussi les arrêts cités aux deux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 99 et suiv. Cet auteur enseigne que le contrat de mariage doit suivre le sort du mariage, dont il forme, selon lui, un accessoire inséparable, et que les mêmes fins de non-recevoir, qui défendent le mariage contre toute attaque, protègent également le contrat de mariage. Les raisons d'équité et de convenance, qu'il fait valoir à l'appui de cette thèse, sont pour le moins balancées par des considérations en sens opposé. Si, dans certaines circonstances exceptionnellement favorables, l'équité semble réclamer le maintien de conventions matrimoniales au profit du conjoint de l'interdit, cette solution, dans les cas ordinaires, sacrifierait les intérêts légitimes de la famille à de coupables spéculations, et soulèverait les protestations de la conscience publique. Mais, quoi qu'il en soit de la question de savoir si le législateur eût bien ou mal fait de consacrer la doctrine de M. Troplong, nous ne pensons pas qu'elle puisse se justifier d'après les dispositions du Code, dans l'interprétation et l'application desquelles il convient de se renfermer. Il n'existe, en effet, aucun texte qui, soit en général, soit pour l'interdit en particulier, ait tellement lié le sort du contrat de mariage au mariage même, que le maintien de l'union des personnes doive nécessairement emporter le maintien de leurs conventions matrimoniales. Les deux actes diffèrent essentiellement, en ce que le mariage est une institution morale et d'ordre public, qui, à ce double point de vue, est soumise à des règles particulières, tandis que le contrat de mariage ne règle ou ne crée que des intérêts purement civils et pécuniaires ; il reste donc, d'après son objet, soumis aux règles ordinaires qui régissent les conventions, et par suite, à celle de l'art. 502. Vainement objecte-t-on que cet article étant étranger au mariage de l'interdit, doit, par analogie de raison, rester également sans application à son contrat de mariage. La réponse à cette objection est bien simple : Le titre *Du mariage* contient un chapitre spécial consacré aux nullités de mariage, et les dispositions de ce chapitre excluent, par leur ensemble et d'après l'esprit dans lequel elles ont été rédigées, l'application de l'art. 502. Cpr. § 464, texte nº 1. Mais rien de pareil ne se trouve au titre *Du contrat de mariage*, et l'on chercherait en vain un texte qui autorise le juge ou l'interprète à soustraire le contrat de mariage de l'interdit à la nullité prononcée par l'article précité.

même faire, en faveur de son futur conjoint, des dispositions à titre gratuit. Néanmoins, si son interdiction venait à être prononcée plus tard, son tuteur ou ses héritiers seraient admis à demander l'annulation de son contrat de mariage, en offrant de prouver, conformément à l'art. 503, que les causes de l'interdiction existaient notoirement à l'époque de la passation de ce contrat [15]. D'un autre côté, et dans le cas même où l'interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée, les donations contenues au contrat de mariage, seraient susceptibles d'être attaquées, aux termes de l'art. 901, comme émanées d'une personne qui n'était pas saine d'esprit [16].

Le majeur, d'ailleurs capable de disposer de ses biens, peut, encore qu'il ait besoin, pour contracter mariage, du consentement d'un ascendant, régler seul, et comme il l'entend, ses conventions matrimoniales.

D'un autre côté, rien n'empêche que deux personnes qui, à raison d'un lien de parenté ou d'alliance existant entre elles, ont besoin d'une dispense pour se marier, ne fassent dresser leur contrat de mariage avant d'avoir obtenu cette dispense [17].

3° Le principe d'après lequel la capacité d'aliéner ou de disposer par contrat de mariage reste soumise aux règles du Droit commun, a reçu une importante modification, en ce qui concerne les mineurs. Suivant l'art. 1398, avec lequel il faut combiner les art. 1095 et 1309 [18], le mineur habile à contracter mariage peut, sous l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire

15 Dès que l'on admet l'application de l'art. 502 au contrat de mariage de l'interdit, on ne peut, sans inconséquence, refuser d'y appliquer également l'art. 503. Cet article, en effet, ne crée point une nullité particulière, et ne décide qu'une question de preuve. Riom, 17 juillet 1839, Sir., 40, 2, 66.

16 Civ. rej., 23 décembre 1856, Sir., 57, 1, 244.

17 Rodière et Pont, I, 54. Paris, 9 février 1860, *Pal.*, 1860, 1, 359.

18 Les dispositions de ces divers articles dérogent, sous un double rapport, aux principes du Droit commun : 1° Elles relèvent le mineur de l'incapacité absolue de donner par acte entre-vifs, que prononce l'art. 903. 2° Elles s'écartent de la règle posée par l'art. 450, en ce que le tuteur n'est point appelé à représenter le mineur, qui doit figurer personnellement dans le contrat de mariage, sous l'assistance des personnes dont la consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

pour se marier [19], non-seulement régler en toute liberté ses conventions matrimoniales, mais encore faire, en faveur de son futur conjoint, toute sorte de donations, simples ou réciproques, qu'il serait autorisé à faire s'il était majeur.

Le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge requis pour le mariage, n'en jouit pas moins de cette capacité exceptionnelle, lorsqu'il a préalablement obtenu une dispense d'âge [20]. Mais le contrat de mariage qu'avant l'obtention de cette dispense, il aurait passé, même avec l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles il était placé, se trouverait entaché de nullité, et ne serait pas validé par une dispense d'âge obtenue plus tard [21].

L'ascendant dont le consentement est nécessaire au mineur pour se marier, a seul qualité pour l'habiliter en ce qui concerne son contrat de mariage : personne ne peut le remplacer dans cette attribution, qu'il exerce d'ailleurs en qualité d'ascendant, et non point comme tuteur, fût-il de fait investi de cette qualité. On doit en conclure que l'ascendant assisterait valablement le mineur, dans le cas même où il existerait entre eux quelque opposition d'intérêt, au sujet de telle clause ou stipulation du contrat de mariage [22]. Cette proposition, toutefois, ne s'applique qu'aux conventions matrimoniales proprement dites, c'est-à-dire à celles qui ont pour objet la formation ou le règlement de l'association conjugale. S'il s'agissait d'une convention étrangère à cet objet, à passer avec l'ascendant ou avec un tiers, on resterait, malgré l'insertion de cette convention au contrat de mariage, sous l'empire du Droit commun [23].

19 Le consentement de ces personnes suffit, quand même elles ne gèrent pas la tutelle du mineur. C'est ce qui arriverait notamment dans le cas où la mère survivante aurait été, par suite de convol en secondes noces, privée de la tutelle de ses enfants du premier lit. Duranton, XIV, 13. Odier, II, 606. Rodière et Pont, I, 40. Troplong, I, 281. Zachariæ, § 502, note 8, *in fine*. Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247.

20 Zachariæ, § 502, texte et note 2. Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247.

21 Duranton, XIV, 14. Rodière et Pont, I, 40. Odier, II, 604. — La nullité du contrat de mariage serait-elle effacée par la célébration du mariage contracté seulement après que les époux avaient atteint l'âge requis, ou couverte par les fins de non-recevoir, qui protégeraient le mariage célébré avant cette époque? Cpr. texte et notes 32 et 33 *infra*; § 501, texte, notes 10 et 11.

22 Civ. rej., 23 février 1869, Sir., 69, 1, 193.

23 Civ. rej., 10 décembre 1867, Sir., 68, 1, 121.

La capacité que l'art. 1398 confère au mineur, ne s'applique point à la réduction de l'hypothèque légale, réduction que la femme mineure ne peut consentir, même avec l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles elle se trouve placée quant au mariage [24].

Sauf cette restriction toute spéciale, la capacité des mineurs est aussi étendue que celle des majeurs. Il en résulte que la femme mineure, qui se marie sous le régime dotal, peut, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour se marier, déclarer aliénables ses immeubles dotaux [25], et même conférer à son mari, le pouvoir irrévocable de les vendre sans l'observation des formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs [26]. Mais il est bien entendu que, si la femme

24 Art. 2140. Cpr. § 264 *ter*, texte n° 4, et note 41. Zachariæ, § 502, note 4, *in fine*.

25 Le principe de l'inaliénabitité des immeubles dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, principe qui, du moins dans certains pays de Droit écrit, était considéré comme une disposition d'ordre public, n'a pas le même caractère sous notre législation actuelle. Aujourd'hui, l'inaliénabilité des biens dotaux n'est plus que le résultat d'une convention parfaitement libre de la part des futurs époux, et dont ils sont les maîtres de déterminer ou de modifier les effets comme ils l'entendent. Il n'y aurait pas plus de raison pour dire que la femme mineure ne peut, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour le mariage, déclarer aliénables ses biens dotaux, qu'il n'y en a pour soutenir, qu'elle ne peut modifier les effets ordinaires du régime de la communauté. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 2, n° 11. Delvincourt, III, p. 4. Bellot des Minières, I, p. 71. Duranton, XIV, 14. De Fréminville, *De la minorité*, II, 958. Rodière et Pont, I, 41. Troplong, I, 273. Zachariæ, § 502, texte et note 4. Nîmes, 26 janvier 1825, Sir., 25, 2, 312. Req. rej., 7 mai 1826, Sir., 27, 1, 15. Agen, 23 avril 1831, Sir., 31, 2, 154. Riom, 3 novembre 1840, Sir., 41, 2, 17. Voy. cep. en sens contraire : Riom, 19 novembre 1809, Sir., 14, 2, 79 ; Agen, 15 janvier 1824, Sir., 24, 2, 73.

26 Tout en reconnaissant, en principe, la validité d'un pareil pouvoir donné au mari, on a voulu soutenir qu'il devait, en ce qui concerne la dispense des formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs, rester sans effet pendant la minorité de la femme. Mais les arguments par lesquels on a cherché à justifier cette restriction, ne sont que spécieux. La femme, dûment assistée, agit et contracte comme majeure : elle est habile à consentir toutes les conventions qu'elle serait autorisée à faire, si elle était réellement majeure ; et il y aurait contradiction manifeste à lui conférer une majorité anticipée pour le contrat lui-même, et à la traiter de nouveau comme mineure, en tant qu'il s'agirait de

mineure, n'avait donné pouvoir au mari de vendre ses immeubles qu'avec son consentement, l'accomplissement de ces formalités deviendrait indispensable, tant que durerait la minorité de la femme, pour l'habiliter à donner ce consentement[27].

Les termes de l'art. 1398 : «pourvu qu'il ait été *assisté*, *dans le* «*contrat*, *des personnes* dont le consentement est nécessaire pour «le mariage,» ne doivent pas se prendre dans le sens de la nécessité d'une présence individuelle et réelle : l'intervention de ces personnes au contrat de mariage peut être valablement suppléée au moyen d'un acte authentique, portant en détail les conventions et dispositions auxquelles elles entendent donner leur adhésion[28]. Lorsque le mineur, n'ayant plus d'ascendants, a besoin pour le mariage du consentement du conseil de famille, l'assistance de ce conseil se réalise à l'aide d'une délibération contenant une approbation détaillée des conventions et dispositions projetées, délibération dont une expédition est produite par le tuteur ou par les membres du conseil chargés de concourir à la passation du contrat de mariage[29].

l'exécution de ce contrat. Le mandat, tel qu'il a été donné au mari, et qu'il a pu l'être, doit sortir son effet, sans égard à la condition personnelle de la femme au moment où le mari en fera usage. Troplong, I, 275 et suiv. Rodière et Pont, I, 41. Req. rej., 12 janvier 1847, Sir., 47. 1, 241.

27 Grenoble, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 417.

28 En combinant l'art. 1398 avec les art. 1095 et 1309, qui emploient cumulativement les termes *consentement et assistance*, on pourrait être porté à penser que le législateur a voulu exiger la présence au contrat, des personnes dont le consentement au mariage est nécessaire. Mais cette interprétation entraînerait souvent des difficultés presque insurmontables, surtout s'il s'agissait de l'assistance du conseil de famille. Le mode indiqué au texte paraît complétement satisfaire au vœu de la loi. Duranton, IX, 765. Voy. cep. Zachariæ, § 502, note 3. — MM. Rodière et Pont (I, 44) et Rolland de Villargues (*Rép. du notariat*, v° Contrat de mariage, n° 27) pensent même que l'ascendant, dont l'assistance est nécessaire, pourrait se faire représenter par un mandataire, porteur d'un pouvoir général et illimité, qui lui permettrait d'autoriser le mineur à faire toute espèce de conventions ou de donations. Cette opinion nous paraît contraire à l'esprit de la loi : Il s'agit ici, pour les ascendants, d'un droit de conseil et de protection, dans l'exercice duquel ils peuvent sans doute se faire représenter par un tiers qui, muni d'instructions précises et détaillées, ne sera que leur organe, mais dont la nature et l'objet résistent à la possibilité d'une délégation absolue Cpr. la note suivante.

29 Le vœu de la loi ne serait pas suffisamment rempli par une délibération du

La nullité du contrat de mariage, résultant du défaut de capacité de l'un des époux, est simplement relative, en ce sens du moins que l'époux qui jouissait de la capacité nécessaire, ne peut l'opposer à son conjoint, et que dès lors les clauses et stipulations du contrat de mariage devront, si celui-ci ou ses héritiers le demandent, servir de base à la liquidation de leurs droits respectifs[30].

conseil de famille qui, sans spécifier les conventions et donations que le mineur sera autorisé à faire, se bornerait à désigner le tuteur ou quelques membres du conseil, à l'effet de l'assister dans la passation de son contrat de mariage. Civ. rej., 19 mars 1838, Sir., 38, 1, 200. Civ. cass., 15 novembre 1858, Sir., 59, 1, 385.

[30] Rodière et Pont, I, 46. Odier, II, 640. Marcadé, sur l'art. 1398, n° 2. Troplong, I, 288. Larombière, *Des obligations*, I, p. 179, et IV, 145. Voy. en sens contraire : Bertauld, *Revue critique*, 1862, XXI, p. 195 et 196. — La nullité dont il s'agit, ne pourrait-elle pas être invoquée par les tiers, et spécialement par un créancier des époux, auquel ces derniers opposeraient le contrat de mariage, pour faire tomber des poursuites exercées sur les biens de la femme? La Cour de cassation (civ. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 348) a décidé l'affirmative. Les considérants de son arrêt, dépassant les nécessités de l'espèce, posent même en thèse que la nullité résultant du défaut de l'assistance requise par l'art. 1398, est susceptible d'être proposée par *toute personne* ayant intérêt à s'en prévaloir. Cette doctrine nous paraîtrait trop absolue, si elle devait s'appliquer même aux rapports des époux entre eux, et à la liquidation de leurs droits respectifs. Nous comprenons que les tiers avec lesquels les époux ont traité, soient fondés à dire, que l'époux qui manquait de la capacité requise, se trouvant placé, pendant le mariage, dans l'impuissance de confirmer son contrat de mariage, est, par cela même, non recevable à leur opposer ce contrat, pour se soustraire aux effets des conventions passées avec eux. Il ne faut pas, d'ailleurs, que la condition des tiers demeure livrée au bon plaisir de l'un des époux qui, après avoir invoqué son contrat de mariage, dans une circonstance où il avait intérêt à le faire, n'en resterait pas moins le maître de le répudier plus tard ; et l'on peut admettre qu'en contractant pendant le mariage des engagements d'ailleurs valables, l'époux qui était encore mineur lors de la passation de son contrat de mariage, renonce implicitement, au profit des tiers envers lesquels il s'oblige, à se prévaloir de ce contrat, en tant qu'il ferait obstacle au maintien ou à la réalisation de leurs droits. La disposition du second alinéa de l'art. 1125, aux termes duquel les personnes capables de s'engager ne peuvent, pour se soustraire à l'exécution de conventions qu'elles ont passées avec un incapable, se faire une arme de son incapacité, est étrangère aux rapports des deux parties avec leurs créanciers communs ou respectifs, et ne s'oppose, en aucune façon, à la solution que nous venons d'indiquer. Mais nous ne voyons pas de raisons suffisantes pour écarter l'application de cet article, quand il ne s'agit plus que de régler, entre les époux eux-mêmes, le sort et les effets d'un contrat de mariage, annulable

Il est, du reste, bien entendu que l'époux qui manquait de la capacité requise, ne pourrait scinder le contrat, et devrait, ou l'accepter en son entier, ou le répudier pour le tout.

L'annulation du contrat de mariage pour défaut de capacité de l'un des conjoints, a pour conséquence de faire considérer les époux comme s'étant soumis au régime de la communauté légale [31].

La nullité dont il s'agit n'est couverte, ni par le fait de la célébration du mariage en temps de complète capacité, ni par la circonstance que le mariage, qui, dans le principe, était entaché du même vice que les conventions matrimoniales, serait devenu inattaquable. C'est ainsi que le contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance des personnes dont le consentement lui était nécessaire, n'est pas validé par cela seul que le mariage même n'a été célébré qu'après sa majorité [32], et bien moins encore par la circonstance que le mariage, célébré également sans le consentement de ces personnes, ne serait plus susceptible d'être attaqué [33].

D'un autre côté, la nullité du contrat de mariage pour défaut de capacité de l'un des époux, ne peut être effacée, pendant le ma-

pour cause d'incapacité de l'un d'eux. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et la règle qui veut qu'elles soient passées avant le mariage, ne sont pas engagés dans la question qui nous occupe, et ne reçoivent aucune atteinte de l'application de l'art. 1125. A la vérité, dans le système de la nullité simplement relative du contrat de mariage passé par un mineur seul, l'époux qui jouissait de la capacité requise se trouvera, pendant toute la durée du mariage, dans l'incertitude sur sa position envers son conjoint, et cette incertitude sera sans doute fâcheuse pour lui. Mais les inconvénients d'une pareille situation s'attachent, dans une mesure plus ou moins grande, à tout contrat passé avec un incapable, et cependant ils n'ont pas paru suffisants au législateur pour donner à la partie capable, le droit d'en demander la nullité.

31 Troplong, I, 284. Riom, 23 juin 1853, Sir., 54, 2, 37. Civ. cass., 16 novembre 1858, Sir., 59, 1, 385. Civ. cass., 26 juillet 1859, Sir., 59, 1, 849. Voy. cep. Bertauld, *Revue critique*, 1865, XXVI, p. 293 à 295. Suivant ce savant auteur, auquel paraissent avoir échappé les deux arrêts ci-dessus cités de la Cour de cassation, le régime auquel se trouveraient soumis les époux, serait celui de la communauté réduite aux acquêts.

32 Duranton, XIV, 14. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1398, n° 2.

33 Cpr. § 501, texte *in fine*, notes 10 et 11.

riage, par aucune confirmation, ni expresse, ni tacite [34]. La nullité résultant du défaut d'assistance du conseil de famille, ne serait pas même couverte par le consentement ultérieur de ce conseil aux clauses du contrat de mariage et par la production à l'officier de l'état civil, au moment de la célébration du mariage, de l'acte contenant ce consentement [35].

Mais, après la dissolution du mariage, il est loisible à l'époux incapable ou à ses héritiers, de renoncer à faire valoir la nullité produite par son incapacité.

§ 503.

3. *De la forme et des frais du contrat de mariage. — De la publicité à laquelle il est soumis.*

1° Les conventions matrimoniales [1] doivent, à peine de nullité, être consignées dans un acte passé devant notaires [2]. Art. 1394.

On devrait cependant assimiler à un acte notarié, le ocntrat de mariage sous seing privé, qui aurait été déposé en l'étude d'un notaire par toutes les parties, si d'ailleurs le dépôt s'en trouvait constaté par un acte notarié, antérieur à la célébration du mariage,

[34] Rodière et Pont, I, 181. Troplong, I, 288. Riom, 23 juin 1853, Sir., 54, 2, 37. Civ. rej., 10 décembre 1867, Sir., 68, 1, 121. Cpr. note 9 *supra*.

[35] Civ. cass., 20 juillet 1859, Sir., 59, 1, 849.

[1] Les termes de l'art. 1394, *toutes conventions matrimoniales*, comprennent même les conventions accessoires, faites au sujet du contrat de mariage, et notamment celle par laquelle l'un des futurs époux ou un tiers s'engagerait à supporter seul les frais de ce contrat. Un pareil engagement ne serait pas valable, s'il n'était pas constaté dans la forme prescrite par cet article, de telle sorte que le serment litis-décisoire ne pourrait même pas être déféré sur l'existence de la promesse. Civ. cass., 21 juillet 1852, Sir., 52, 1, 696. Cpr. texte et note 8 *infra*.

[2] Il était autrefois d'usage dans plusieurs provinces, par exemple, en Normandie, en Poitou, et en Alsace, de faire les contrats de mariage par acte sous seing privé. Les actes faits dans cette forme avant la promulgation du titre *Du contrat de mariage*, sont restés valables, et ont dû recevoir leur exécution, même pour les mariages célébrés seulement après cette époque. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 171, n° 10). Req. rej., 20 juin 1807, Sir., 7, 1, 142. Colmar, 20 août 1814, Sir., 15, 2, 161. Req. rej., 23 août 1832, Sir., 33, 1, 117. Civ. rej., 10 avril 1838, Sir., 38, 1, 289.

et portant la mention que les parties, après avoir reçu lecture de leurs conventions, ont déclaré y persister[3].

En vertu de la règle *Locus regit actum*, les contrats de mariage passés en pays étranger, même entre français, sont valables en France, quoique rédigés sous seing privé, si cette forme est admise par la loi du pays. Il en est ainsi, même pour les contrats de mariage de Français résidant dans les Échelles du Levant[4].

La rédaction des contrats de mariage est soumise à l'observation de toutes les règles et formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, pour la validité des actes notariés en général. Ainsi, on ne pourrait prendre pour témoins d'un contrat de mariage, pas plus que de tout autre acte, des parents ou alliés au degré prohibé par les art. 8 et 10 de cette loi[5]. Ainsi encore, les contrats de mariage doivent, comme tous autres actes notariés, être reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins[6]. Mais la présence réelle du notaire en second ou des témoins n'est pas requise à peine de nullité, alors même qu'il s'agit de contrats contenant des donations faites par l'un des futurs époux à l'autre, ou par des tiers aux futurs époux[7].

La nullité du contrat de mariage, entaché d'un vice de forme, a pour conséquence nécessaire la soumission des époux au régime de la communauté légale. Cette nullité atteint, non-seulement les conventions arrêtées entre les époux eux-mêmes, mais encore les constitutions dotales ou autres dispositions faites en leur faveur

3 Duranton, XIII, 43. Troplong, I, 185. Rodière et Pont, I, 140. Rouen. 11 janvier 1836, Sir., 36, 2, 217.

4 Cpr. § 31, texte et note 72. Req. rej., 18 avril 1865, Sir., 65, 1, 317.

5 Toullier, XII, 70. Bellot des Minières, I, p. 27. Battur, I, 54. Colmar, 16 mars 1813, Sir., 14, 2, 5. Riom, 20 novembre 1818, Sir., 20, 2, 1. Riom, 22 juin 1844, Sir., 44, 2, 397. Voy. cep. en sens contraire : Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 23.

6 L'art. 1394 dit : par acte devant *notaire*. On a voulu tirer de ce nombre singulier, la conséquence que les contrats de mariage pouvaient être reçus par un seul notaire sans l'assistance de témoins. Mais cette conséquence est évidemment erronée. Voy. art. 1081 et 1092 cbn. 931. Toullier, XII, 71. Bellot des Minières, I, p. 32. Duranton, XIII, 47. Odier, II, 644. Zachariæ, § 503, note 1re. Riom, 20 novembre 1818, Sir., 20, 2, 1. Riom, 22 juin 1844, Sir., 44, 2, 397. Voy. en sens contraire : Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 23.

7 Cpr. § 755, texte et note 13. Rodière et Pont, I, 142. Marcadé, sur l'art. 1394, n° 1.

par des tiers [8]. Elle ne se couvre pas par le fait de la célébration, et n'est, pendant le mariage, susceptible d'être effacée par aucune confirmation [9]. Mais le contrat de mariage, nul en la forme, est susceptible de confirmation par les héritiers; et, par suite, l'action en nullité se prescrit par dix ans, à partir du jour du décès de l'un des époux [10].

Les frais du contrat de mariage constituent, en principe et à moins de conventions contraires, une dette commune aux deux époux, et dont ils sont tenus par égales portions [11]. Cette proposition, toutefois, ne s'applique pas aux frais et droits d'enregistrement spécialement afférents aux constitutions dotales, ou à des libéralités proprement dites faites par des tiers à l'un des époux, ou par l'un d'eux en faveur de l'autre : ces frais et droits forment, de leur nature, une dette personnelle à l'époux doté ou donataire [12].

Il ne faut, du reste, pas confondre avec la question de principe qui vient d'être examinée, celle de savoir quelle sera la situation respective des époux en ce qui concerne le paiement des frais de leur contrat de mariage. Cette dernière doit se résoudre par les règles qui, d'après le régime dont les époux ont fait choix, régissent leurs dettes antérieures au mariage [13].

8 Troplong, I, 187. Pau, 18 juin 1836, Sir., 36, 2, 546.

9 Caen, 9 mai 1844, Sir., 45, 2, 76.

10 Civ. rej., 26 avril 1869, Sir., 69, 1, 297.

11 En effet, ce contrat est dressé dans l'intérêt commun des deux époux. Civ. rej., 21 juillet 1852, Sir., 52, 1, 696. Cpr. Dijon, 3 décembre 1869, Sir., 70, 2, 17. Suivant cet arrêt, les frais du contrat de mariage devraient se diviser, entre les deux époux, dans la proportion de leurs apports respectifs.

12 Rodière et Pont, I, 195. D'après M. Troplong (I, 199), les frais du contrat et même les droits proportionnels d'enregistrement des constitutions dotales sont à la charge de ceux qui ont constitué la dot. Cette opinion nous paraît manquer de tout fondement juridique. L'arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 1829, que M. Troplong cite en sa faveur, ne décide nullement la question.

13 MM. Rodière et Pont (I, 196) pensent que les frais du contrat de mariage, autres que les droits proportionnels d'enregistrement, ne doivent être supportés pour moitié par la femme, que dans le cas rare où le contrat ne confère au mari aucun droit de jouissance sur les biens de celle-ci, et que, dans tous les autres cas, ils doivent rester à la charge du mari. Nous ne saurions admettre cette opinion, qui se fonde sur la supposition, erronée selon nous, que les frais dont il s'agit constituent une des charges du mariage dont ils formeraient le premier article.

2° Tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, doit être publié par extrait, d'après le mode prescrit en l'art. 67 du Code de commerce. Toutefois, l'inobservation de cette formalité n'entraîne pas la nullité des conventions matrimoniales, et n'empêche pas qu'elles ne puissent être opposées aux tiers par les époux, et en particulier par la femme [14]; elle donne seulement lieu contre le notaire, rédacteur de l'acte, à l'application d'une amende et des autres conséquences pénales prononcées par l'art. 68 du Code de commerce.

Dans les cas prévus par les art. 69 et 70 de ce Code, la sanction de la loi consiste en ce que l'époux failli peut être condamné comme banqueroutier simple. Si une femme mariée sous le régime dotal, avait, postérieurement de la célébration de son mariage, entrepris un commerce, sans remplir l'obligation que lui imposait l'art. 69, les tiers qui auraient contracté avec elle dans l'ignorance du régime sous lequel elle se trouvait placée, seraient admis à poursuivre leur paiement sur les biens dotaux [15].

Ces dispositions, prescrites dans la vue de garantir les tiers contre les dangers de fausses déclarations concernant le régime sous lequel les époux sont placés, ont été élargies et complétées par la loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850. Cette loi, devenue exécutoire à partir du 1er janvier 1851, a ordonné l'addition aux art. 75, 76, 1391 et 1394 du Code Napoléon, de plusieurs dispositions portant en substance ce qui suit :

Tout officier de l'état civil qui procède à la célébration d'un mariage, doit, sous peine de l'amende fixée par l'art. 50 du dit Code, interpeller les époux et les personnes qui les assistent, de déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et d'indiquer, en cas d'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'a reçu. Il doit, de plus, insérer dans l'acte de mariage la réponse faite à cette interpellation. Si les époux ont faussement énoncé qu'ils se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les

14 Req. rej., 20 avril 1869, 1, 359.

15 L'inobservation, par la femme, de l'obligation dont il s'agit, constitue, même indépendamment de toute pensée de fraude, un quasi-délit dont les conséquences engagent la dot. Cpr. § 538, texte n° 2. Bordeaux, 4 février 1858, Sir., 59, 2, 174. Req. rej., 24 décembre 1860, Sir., 61, 1, 983. Req. rej., 29 juillet 1869, Sir., 70, 1, 11.

termes du Droit commun, à moins que, dans les actes mêmes contenant engagement de sa part, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage.

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions :

a. Que l'omission, dans l'acte de la célébration du mariage, de toute mention relative à l'existence ou à la non-existence d'un contrat de mariage, reste sans influence sur le sort des conventions matrimoniales, et ne compromet en aucune façon les droits de la femme[16].

b. Que la femme mariée sous le régime dotal ne peut, en général, pour faire annuler des engagements par elle contractés, se prévaloir de son incapacité comme femme dotale, si l'acte de célébration du mariage porte qu'elle s'est mariée sans contrat.

c. Que, malgré cette déclaration, le contrat de mariage reste opposable aux tiers sous tous autres rapports, et notamment pour ce qui concerne la propriété et la consistance des apports de la femme, ainsi que les donations faites aux époux par des tiers, ou par l'un d'eux à l'autre[17].

16 *Rapport à l'Assemblée nationale*, présenté par M. Valette, le 11 juin 1850, 3e partie, n° 6.

17 La disposition d'après laquelle la femme doit, à l'égard des tiers, être réputée capable de contracter dans les termes du Droit commun, lorsque l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, est la seule sanction civile que contienne la loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850. Refuser à la femme, dans l'hypothèse dont il s'agit, le droit d'opposer aux tiers les clauses ou énonciations de son contrat de mariage, relative à ses apports ou aux dispositions faites en sa faveur, ce serait étendre la pénalité établie par la loi ; et cette extension est d'autant moins permise, que le rapport présenté par M. Valette, et la discussion qui a eu lieu au sein de l'Assemblée législative, prouvent, jusqu'à l'évidence, que la loi tout entière n'a eu pour objet que de prévenir les fraudes que pourraient commettre les femmes mariées sous le régime dotal, en affirmant qu'elles étaient mariées sans contrat, et en dissimulant ainsi l'incapacité de contracter dont elles se trouvaient frappées, en ce qui concerne la disposition ou l'engagement de leurs biens dotaux.

§ 503 *bis*.

4. *De l'époque à laquelle le contrat de mariage peut être fait. — Des conditions sous lesquelles il est susceptible d'être modifié.*

1° *Principes de la matière.*

Le contrat de mariage doit, à peine de nullité, être fait avant la célébration du mariage [1]. Art. 1394.

Il ne peut, après cette époque, recevoir aucun changement. Art. 1395. Mais il reste, jusque-là, susceptible d'être modifié sous les conditions déterminées par les art. 1396 et 1397.

La règle posée par l'art. 1394 ne crée point une incapacité rentrant dans le statut personnel, et qui, à ce titre, suive le Français

[1] En Droit romain, il était permis aux époux d'établir ou de modifier leurs conventions matrimoniales après la conclusion du mariage : *Pacisci post nuptias*, disait la Loi 1, *proe.*, D. *de pact. dotal.* (23, 4), *etiamsi nihil ante convenerit, licet*. La dot, en particulier, pouvait être, non-seulement augmentée, mais même constituée pendant le mariage. Ces principes avaient été suivis, avec quelques modifications, dans les pays de Droit écrit. Mais nos coutumes avaient consacré un système diamétralement opposé : d'après ce système, le contrat de mariage ne pouvait être passé qu'avant la célébration du mariage ; et, comme corollaire ou complément de cette règle, il était interdit aux époux d'apporter, pendant le mariage, aucun changement à leurs conventions matrimoniales. Ce système avait sa raison directe et principale dans la défense de tous avantages entre époux, qui forme un des traits caractéristiques du Droit coutumier. Les rédacteurs du Code civil, tout en jugeant inutile de maintenir cette défense rigoureuse, et tout en se contentant de déclarer essentiellement révocables les donations entre époux, n'en crurent pas moins devoir maintenir les règles du Droit coutumier sur la matière qui nous occupe. On ne peut qu'approuver le parti auquel ils se sont arrêtés : il importait, en effet, de prévenir les débats auxquels le désir d'obtenir des modifications au régime sous lequel le mariage a été contracté, donnerait fréquemment lieu entre les époux, de les mettre eux-mêmes, leurs enfants ou leurs parents, à l'abri de surprises d'autant plus à redouter, qu'il est toujours difficile, sinon impossible, d'apprécier les résultats possibles de modifications apportées au contrat de mariage, et, enfin, de garantir les tiers des mécomptes ou des fraudes auxquels les exposerait la latitude laissée aux époux de modifier, d'une manière plus ou moins profonde, les bases ou conditions de leur régime matrimonial. Cpr. *Exposé de motifs* par Berlier, et *Discours au Corps législatif* de Siméon, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, XIII, p. 277, n° 8, et p. 453, n° 15).

en quelque pays qu'il aille s'établir. Elle n'atteint donc pas le contrat de mariage passé par un Français qui, établi en pays étranger, s'y est marié avec une étrangère sous l'empire d'une loi d'après laquelle la passation d'un pareil contrat peut avoir lieu après la célébration du mariage. Dans cette hypothèse, les conventions matrimoniales et les donations contenues dans un contrat passé postérieurement à la célébration du mariage, sont tout aussi valables et irrévocables, que si l'acte avait été dressé dès avant cette époque[2].

2° *De la nullité du contrat de mariage, passé après la célébration du mariage.*

Cette nullité peut, d'après les motifs sur lesquels sont fondées les dispositions des art. 1394 et 1395, être opposée, tant par les époux, l'un à l'autre, que par les tiers intéressés, à l'un ou à l'autre des époux.

Si le contrat de mariage était du même jour que l'acte de mariage, les personnes intéressées à en faire prononcer la nullité, seraient admises à prouver qu'il n'a été passé qu'après la célébration de l'union; et cette preuve pourrait être faite par témoins, sans inscription de faux, alors même que les parties, qualifiées de futurs époux, auraient déclaré, dans l'acte, stipuler en vue du mariage qu'elles se proposaient de contracter[3].

La nullité d'un contrat de mariage résultant de ce qu'il a été dressé postérieurement à la célébration du mariage, ne peut, pendant le mariage, être couverte par aucune confirmation, ni expresse, ni tacite. Mais, après la dissolution du mariage, rien ne s'oppose à la confirmation de ce contrat; et, par suite, l'action en nullité se prescrit par dix ans, à partir du jour du décès de l'un des époux[4].

Cette nullité ne frappe, d'ailleurs, que les conventions matrimoniales elles-mêmes, et ne s'étend, ni aux conventions particulières, telles qu'une vente ou une cession, qui se trouveraient consignées dans l'acte, ni même aux donations de biens présents que des tiers

[2] Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Civ. rej., 11 juillet 1855, Sir., 55, 1, 699. Req. req., 29 décembre 1867, Sir., 68, 1, 134.

[3] Riom, 11 janvier 1837, Sir., 37, 2, 421. Civ. rej., 18 août 1840, Sir., 40, 1, 785.

[4] Req. rej., 31 janvier 1833, Sir., 33, 1, 471. Cpr. aussi: Civ. rej., 26 avril 1869, Sir, 69, 1, 297.

y auraient faites aux époux ou à l'un d'eux, avec les formalités ordinaires [5].

D'un autre côté, le contrat de mariage, nul comme tel, pour avoir été passé après la célébration du mariage, pourrait, selon les circonstances, être admis comme constatant, d'une manière suffisante, les apports des époux [6].

3° *De la défense de changer les conventions matrimoniales pendant le mariage.*

La clause par laquelle les époux se seraient réservé la faculté de modifier, pendant le mariage, leurs conventions matrimoniales, serait à considérer comme non avenue [7].

La prohibition de modifier les conventions matrimoniales, après la célébration du mariage, n'a pas seulement pour effet d'imprimer un caractère absolu de révocabilité aux avantages que l'un des époux aurait conférés à l'autre par le moyen de changements apportés au contrat de mariage ; elle emporte la nullité des actes qui y sont contraires [8]. Cette nullité s'attache même aux actes qui, d'après la déclaration des parties, n'auraient eu d'autre objet que de fixer, d'un commun accord ou par forme de transaction, le sens

[5] Civ. rej., 11 novembre 1828, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 1, 179.

[6] Riom, 24 août 1846, Sir., 47, 2, 142. Cpr. § 37, texte et note 22.

[7] Les motifs sur lesquels est fondée la défense de changer les conventions matrimoniales, s'opposent à ce que les époux puissent s'y soustraire, même par une clause du contrat de mariage. Arg. art. 1388. Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 19. Battur, I, 16. Zachariæ, § 503, note 4, *in medio*.

[8] Cette nullité n'est pas, à la vérité, expressément prononcée, mais elle résulte de l'esprit de la loi. Demante, *Themis*, VIII, p. 161 et 229. Battur, I, 16. Duranton, XIV, 38. Rodière et Pont, I, 149. Odier, II, 648. Taulier, V, p. 24 et 25. Troplong, I, 201. Cpr. aussi les autorités citées aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 25 et suiv. Cet auteur, partant de la supposition que la défense de changer les conventions matrimoniales ne peut avoir d'autre objet, sous l'empire de notre Droit actuel, que d'enlever aux époux tout moyen de se faire des donations irrévocables et d'éluder ainsi la disposition de l'art. 1096, enseigne que les avantages résultant de changements apportés au contrat de mariage, ne sont pas entachés de nullité, mais simplement révocables. La supposition sur laquelle repose cette opinion, est en opposition manifeste avec la pensée qui a présidé à la rédaction de l'art. 1395. Voy. note 1re *supra*.

des clauses du contrat de mariage, mais qui, en réalité, modifieraient ou dénatureraient les stipulations de ce contrat[9].

Il y a, dans le sens de la prohibition, changement au contrat de mariage, non-seulement lorsqu'une clause ou disposition de ce contrat a été directement et ouvertement modifiée ou écartée, mais toutes les fois que le maintien de conventions faites, ou d'arrangements arrêtés pendant le mariage, aurait pour résultat d'altérer ou de neutraliser les effets réguliers et légaux que devaient produire les clauses ou dispositions du contrat de mariage[10].

La prohibition s'applique aux donations que renferme le contrat de mariage, aussi bien qu'aux clauses relatives au régime que les époux avaient adopté expressément ou tacitement[11]. Elle atteint, non-seulement les actes que les époux passeraient entre eux, mais encore les nouvelles conventions qu'ils feraient avec des tiers, qui avaient été parties au contrat de mariage[12].

Ces propositions conduisent à d'importantes applications[13], qui se rangent en trois groupes distincts :

a. La convention par laquelle des époux, mariés sous un régime exclusif de communauté, établiraient une communauté, même d'acquêts seulement, serait nulle, comme apportant un changement au contrat de mariage[14].

9 Battur, I, 51. Zachariæ, § 503, texte et note 7. Dijon, 17 juillet 1816, Sir., 18, 2, 229. Pau, 9 août 1837, Sir., 39, 2, 339. Cpr. cep. Bellot des Minières, I, p. 41.

10 Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533 ; Bastia, 16 janvier 1856, Sir., 56, 2, 81.

11 Zachariæ, § 503, texte et note 5. Sirey et Isambert, *Consultation*, Sir., 22, 2, 365.

12 Toullier, XII, 62. Battur, I, 48. Zachariæ, § 503, note 3.

13 Outre celles qui se trouvent indiquées dans la suite du texte, voy. encore : Req. rej., 23 août 1826, Sir., 27, 1, 108 ; Bordeaux, 8 décembre 1831, Sir., 32, 2, 665.

14 Arg. art. 1581. L'établissement d'une société d'acquêts entre époux conventionnellement séparés de biens, n'aurait pas-seulement pour résultat de substituer, au régime fixé par le contrat de mariage, un régime tout opposé, mais produirait encore, dans la position respective des époux, un changement notable, en faisant passer l'administration des biens de la femme au mari, qui deviendrait nécessairement le chef de la communauté d'acquêts. Troplong, I, 206. Rodière et Pont, I, 151. Duvergier, *De la société*, 1, 102. Cpr. Crim. cass., 9 août 1851, Sir., 52, 1, 281 ; Paris, 14 avril 1856, Sir., 56, 2, 369. Voy. cep. Duranton, XVII, 347, à la note.

Il en est de même de toute convention, par laquelle des époux, communs en biens, renonceraient, l'un en faveur de l'autre, aux récompenses ou indemnités auxquelles ils pourraient avoir droit, ou déclareraient, à l'occasion de l'acquisition d'un immeuble, et en dehors des conditions légales de remploi, que cet immeuble appartiendra en totalité à l'un d'eux [15].

Il en est de même encore, sous le régime dotal, de toute convention ou combinaison ayant pour objet, soit d'imprimer à un immeuble le caractère dotal, qu'il ne devait pas revêtir d'après le contrat de mariage, soit de soustraire à la dotalité des biens qui, d'après ce contrat, devaient y être soumis [16].

b. On doit, d'un autre côté, considérer comme nulle, toute renonciation faite par l'un des époux à des droits ou avantages que son conjoint lui avait assurés par le contrat de mariage, et, en particulier, celle que la femme ferait à un gain de survie stipulé en sa faveur. Il importe peu, à cet égard, que les avantages portent sur des biens présents ou sur des biens à venir seulement [17].

La renonciation devrait d'ailleurs être annulée, non-seulement si elle était contenue dans un acte unilatéral ou passé entre les époux seuls, mais dans le cas même où, consignée dans un acte de donation faite par l'un des conjoints en faveur d'un tiers, fût-ce même d'un enfant commun, elle aurait été consentie, non point comme devant constituer, de la part du renonçant, une libéralité distincte de la donation principale, mais uniquement dans le but de faciliter à son conjoint, la libre disposition de ses biens [18].

c. On doit enfin considérer comme nulle, toute renonciation de la part des époux, ou de l'un d'eux, au bénéfice de dispositions faites en leur faveur par des tiers qui sont intervenus au contrat de mariage, et toute convention qui aurait pour résultat de restreindre

15 Lyon, 21 juillet 1849, Sir., 49, 2, 477.

16 Art. 1543 et arg. de cet article. Cpr. § 534, texte nos 2 et 3.

17 Dans cette dernière hypothèse, la renonciation serait nulle, non-seulement comme dérogatoire aux conventions matrimoniales, mais encore comme contraire aux art. 791 et 1130. Toulouse, 15 avril 1842, Sir., 42, 2, 385.

18 En d'autres termes, la renonciation serait nulle, même dans le cas prévu au texte, si elle avait un caractère simplement abdicatif. Toulouse, 7 mai 1829, Sir., 30, 2, 240. Civ. rej., 11 et 12 janvier 1853, Sir., 53, 1, 65 et 71. Cpr. sur la distinction à faire, pour l'application de l'art. 1395, entre les renonciations simplement abdicatives et les renonciations translatives : note 24 *infra*.

les effets légaux de pareilles dispositions[19]. Il en est ainsi notamment :

De la convention par laquelle le mari aurait dispensé l'auteur d'une constitution dotale, de payer les intérêts de la somme promise en dot, à dater du jour de la célébration du mariage[20] ;

De celle par laquelle les époux se seraient engagés, quoique contre promesse du paiement d'intérêts, à n'exiger qu'au décès des constituants, une dot stipulée payable immédiatement, ou à une échéance déterminée[21] ;

Et de celle par laquelle l'un des époux, en concourant à un partage anticipé fait par un de ses ascendants, aurait renoncé au bénéfice d'une institution contractuelle établie en sa faveur[22].

Si les époux ne peuvent, par aucun acte, ni sous aucune forme, modifier, pendant le mariage, leurs conventions matrimoniales, ils restent libres de faire toute espèce d'arrangements ou de dispositions compatibles avec la complète exécution de ces conventions. Les propositions suivantes serviront à préciser, sous ce rapport, la portée de la prohibition établie par l'art. 1395.

La femme, commune en biens, peut, en consentant à l'échange d'un de ses immeubles propres, convenir avec son mari, que l'immeuble qu'ils recevront en contre-échange, ne formera point pour elle un propre, ou ne revêtira cette qualité que pour une portion déterminée[23].

19 Cpr. Civ. cass., 19 juin 1836, Sir., 36, 1, 518 ; Bordeaux, 26 juillet 1838, Sir., 39, 2, 51.

20 Pau, 9 janvier 1838, Sir., 39, 2, 339. Rennes, 1er mars 1849, Sir., 49, 2, 602. Cpr. aussi : Bastia, 16 janvier 1856, Sir., 56, 2, 81.

21 Civ. cass., 4 décembre 1867, Sir.. 68, 1, 153.

22 Civ. rej., 29 juillet 1818, Sir., 18, 1, 390. Civ. cass., 28 mars 1866, Sir., 66, 1, 217. Civ. cass., 26 mars 1867, Sir., 67, 1, 215. Cette proposition n'est pas contraire à celle que nous avons émise au § 739, texte et note 60. Il s'agit ici, en effet, non d'une renonciation consentie en faveur d'un donataire postérieur, étranger, mais d'une renonciation faite dans l'intérêt de l'instituant et dans celui des héritiers de ce dernier. Cpr. même paragraphe, texte et notes 58 et 59.

23 Troplong, I, 639. Req. rej., 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 505. *Nec obstat*, art. 1407 : La disposition de cet article ne saurait être considérée, sous le régime de la communauté, que comme simplement réglementaire, et comme établissant, d'après l'intention probable des parties, et indépendamment de toute déclaration de remploi, la subrogation de l'immeuble reçu en échange à l'immeuble propre

La défense de changer les conventions matrimoniales, ne fait pas obstacle à ce que les époux disposent, pendant le mariage, des biens qui leur ont été donnés par contrat de mariage, ni même à ce que l'un des époux cède à un tiers, par donation ou sous forme de renonciation translative, les droits ou avantages que l'autre époux lui avait assurés [24].

Lorsqu'il s'agit d'acquêts, dont le contrat de mariage assurait la propriété au survivant, la donation qui en serait faite par les deux époux conjointement au profit d'un tiers, ne constituerait pas un changement aux conventions matrimoniales. Seulement, la donation serait réputée faite pour le tout par l'époux survivant [25].

de la femme. Rien ne s'oppose donc à ce que les époux écartent ou modifient, d'un commun accord, l'effet de cette subrogation. La femme, commune en biens, pouvant, avec l'autorisation de son mari, aliéner, sans condition de remploi, les immeubles qui, par suite d'échange, se seraient trouvés subrogés à ses propres, aussi bien que ses propres d'origine, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas immédiatement renoncer, lors de l'échange d'un de ses immeubles, à l'effet de la subrogation établie par l'art. 1407. La femme, qui conservera toujours son action en reprise, n'abdiquera, par une pareille renonciation, aucun des droits que lui assurait son contrat de mariage. Sous le régime dotal, la question devrait recevoir une solution contraire. Arg. art. 1554 cbn. 1559.

24 Zachariæ, § 503, texte et note 8. Civ. rej., 18 avril 1812, Sir., 13, 1, 137. Toulouse, 12 mai 1848, Sir., 48, 2, 301. Cpr. Req. rej., 16 février 1852, Sir., 53, 1, 18. La distinction entre les renonciations purement abdicatives et les renonciations translatives, est essentielle à maintenir, surtout en ce qui concerne les droits d'usufruit constitués par l'un des époux en faveur de l'autre. Les applications auxquelles elle conduit, sous ce rapport, peuvent toutes se ramener à une idée fort simple, et qui se justifie par son énoncé même. L'époux auquel son conjoint a, par contrat de mariage, assuré l'usufruit de certains immeubles, y renonce-t-il avec l'intention de concourir personnellement, et dans la mesure de son droit d'usufruit, à la donation que l'autre époux entend faire de ces immeubles à un tiers, et d'en compléter ainsi l'abandon ou la transmission? La renonciation aura tous les caractères d'un acte personnel de disposition ou de libéralité qui, impliquant l'usage ou l'exercice complet, quoique anticipé, du droit qui en est l'objet, ne saurait être considéré comme modifiant ou dénaturant la convention d'où dérivait ce droit. Au contraire, la renonciation n'est-elle faite que dans le but de donner à l'autre époux, le pouvoir de disposer, en toute propriété, des biens soumis à l'usufruit? Alors elle ne modifiera pas seulement, mais mettra au néant la clause du contrat de mariage qui avait constitué l'usufruit. Cpr. texte et note 18 *supra*.

25 Req. rej., 31 juillet 1867. Sir., 68, 1, 36.

On ne saurait voir un changement au contrat de mariage, dans le paiement fait avant la célébration, d'une dot stipulée payable après cette célébration. Un pareil paiement est libératoire, même à l'égard des tiers, sauf au cas de simulation ou de fraude [26].

Une convention qui porterait, non sur le capital ou les intérêts de la dot promise en argent, mais uniquement sur le mode de paiement, comme, par exemple, une convention de *datio in solutum* passée entre le beau-père et le gendre, ne devrait point, en principe, être considérée comme un changement aux conventions matrimoniales [27].

Les époux restent libres, malgré la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, de renoncer, par testament et sous forme de legs, en faveur l'un de l'autre ou au profit d'un tiers, aux donations ou autres avantages portés au contrat de mariage. Mais il est bien entendu que l'un des époux ne pourrait, au moyen d'une disposition testamentaire, et en substituant des règles nouvelles à celles qui se trouvent établies dans le contrat de mariage pour la fixation des droits du survivant ou des héritiers du prémourant, priver l'autre époux ou ses héritiers des avantages résultant à leur profit des stipulations de ce contrat [28].

Du reste, les clauses d'un contrat de mariage, et spécialement les reconnaissances de dot ou d'apports, pourraient, sans que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales en reçut aucune atteinte, être déclarées purement simulées, ou être annulées pour cause de dol ou de fraude [29].

4° *Des conditions requises pour les changements apportés au contrat de mariage, dans l'intervalle de sa passation à la célébration du mariage.*

Ces changements ne sont valables, même entre les parties qui les opèrent ou y concourent, que sous les deux conditions suivantes :

[26] Req. rej., 22 août 1865, Sir., 66, 1, 437.

[27] Req. rej., 4 août 1852, Sir., 52, 1, 631.

[28] Duranton, XIV, 71. Zachariæ, § 503, texte et note 6. Bruxelles, 25 novembre 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 581. Req. rej., 27 mai 1817, Sir, 18, 1, 68.

[29] Req. rej., 5 janvier 1831, Sir., 31, 1, 8. Req. rej., 31 juillet 1833, Sir., 33, 1, 840. Toulouse, 15 mars 1834, Sir., 34, 2, 537. Req. rej., 2 mars 1852, Sir., 52, 1, 262. Paris, 24 février 1865, Sir., 66, 2, 144.

Il faut qu'ils soient constatés par un acte fait dans la forme requise pour la validité des contrats de mariage.

Il faut, de plus, que toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage, interviennent dans l'acte destiné à constater ces changements, et y donnent leur consentement simultané. Art. 1396.

On doit considérer comme ayant été *parties* au contrat de mariage, non-seulement les futurs époux eux-mêmes, mais encore ceux dont l'assistance leur était nécessaire, ainsi que les personnes, même étrangères, qui y sont intervenues pour faire, en faveur des futurs conjoints ou de l'un d'eux et en vue de leur union, une donation, une promesse, ou une renonciation quelconque [30].

On ne peut, au contraire, regarder comme parties, ni les parents collatéraux, qui n'ont assisté au contrat de mariage que *honoris causa* [31], ni même les ascendants, dont l'assistance n'était pas nécessaire pour compléter la capacité des futurs époux, et qui n'auraient d'ailleurs fait aucune disposition, promesse, ou renonciation en faveur du mariage projeté. Il n'y a, sous ce rapport, aucune distinction à faire entre les ascendants dont les futurs époux n'étaient pas tenus de requérir le conseil, et ceux auxquels ils eussent été obligés, à défaut de consentement de leur part au mariage, de faire signifier un ou plusieurs actes respectueux [32].

30 Delvincourt, III, p. 6. Duranton, XIV, 55 et suiv. Zachariæ, § 503, note 13, *in fine*.

31 On est généralement d'accord sur cette proposition et les précédentes. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 172, n° 12). Toullier, XII, 51 et suiv. Bellot des Minières, I, p. 42. Battur, I, 47. Duranton, XIV, 56. Rodière et Pont, I, 157. Troplong, I, 257 et 258.

32 Toullier, XII, 51. Troplong, I, 239. Zachariæ, § 503, note 13. — MM. Duranton (XIV, 57), Rodière et Pont (I, 158), et Odier (II, 660) enseignent que les ascendants auxquels l'un des époux eût été obligé, à défaut de leur consentement au mariage, de faire signifier un ou plusieurs actes respectueux, et qui de fait sont intervenus au contrat de mariage, doivent être considérés comme ayant été parties dans ce contrat, bien qu'ils n'y aient fait aucune donation ni stipulation. Ils donnent pour motif qu'il est possible que les ascendants n'aient consenti au mariage que sur le vu des conventions matrimoniales; de sorte que, si le contrat de mariage pouvait être modifié sans leur concours, leur descendant se trouverait privé de leur conseil quant au mariage même. Ces considérations, qui prennent leur point de départ dans une simple supposition, et qui tendent à confondre les conditions de validité du mariage et celles du contrat de mariage, nous paraissent dénuées de valeur. Cpr. cep. Montpellier, 8 février 1869, Sir., 69, 2, 49.

Il ne suffit pas, pour la validité des conventions modificatives du contrat de mariage, que toutes les personnes qui ont été parties dans ce contrat, aient été appelées à assister à la rédaction des nouvelles conventions ; il faut que, de fait, elles y aient été présentes[33], et qu'elles y aient donné leur consentement simultané[34]. Elles peuvent, du reste, se faire représenter par des mandataires, porteurs de procurations spéciales et authentiques.

Lorsque l'une des personnes dont le concours est nécessaire, ne se présente pas, ou refuse son adhésion aux changements projetés, les autres parties doivent, ou renoncer à ces changements, ou faire un nouveau contrat de mariage, en abandonnant entièrement le premier. Il en est de même, lorsque l'une de ces personnes est venue à décéder, ou a été mise en état d'interdiction. Toutefois, si, dans ce dernier cas, il s'agissait du contrat de mariage d'un enfant de l'interdit, les changements que les autres parties se proposeraient d'y faire, pourraient être autorisés par une délibération du conseil de famille de l'interdit, homologuée en justice. Arg. art. 511.

Les changements arrêtés et constatés dans la forme qui vient d'être indiquée, doivent de plus, pour valoir à l'égard des tiers, être rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, et, par conséquent, par le notaire qui a reçu ce contrat ou par son successeur. Art. 1397[35].

Le terme *tiers*, dans le sens et l'esprit de cette règle, comprend tous ceux qui, par suite de conventions passées avec les époux ou l'un d'eux, ont à exercer sur les biens de ceux-ci, des droits que le maintien des changements apportés à ce contrat, aurait

[33] Delvincourt, III, p. 5. Bellot des Minières, I, p. 54. Duranton, XIV, 53. Marcadé, sur l'art. 1396, n° 4. Odier, II, 656. Rodière et Pont, I, 157. Troplong, I, 235. Zachariæ, § 503, texte et note 14. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1396 ; Toullier, XII, 59 ; Battur, I, 49.

[34] Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, XIV, 52. Marcadé, *loc. cit.* Odier, II, 657. Rodière et Pont, I, *loc. cit.* Zachariæ, § 503, texte et note 15. Douai, 1er août 1854, Sir., 54, 2, 666. Montpellier, 8 février 1869, Sir., 69, 2, 49.

[35] Zachariæ, § 503, texte et note 11. La Cour de cassation (civ. cass., 15 février 1847, Sir., 47, 1, 293) a fait une application notable de la règle posée par l'art. 1397, dans une espèce où elle se trouvait en collision avec le principe de l'inaliénabilité de la dot sous le régime dotal. Cpr. Troplong, I, 250 et suiv.

pour effet d'anéantir ou de restreindre[36]. Il en résulte que ceux qui ont acquis du mari seul, des immeubles ameublis par la femme, ou des immeubles dotaux qu'une clause spéciale du contrat de mariage l'avait autorisé à aliéner, sont fondés à repousser, pour défaut d'observation de la formalité prescrite par l'art. 1397, les contre-lettres par lesquelles les parties auraient révoqué ou modifié à cet égard des clauses du contrat primitif. La même exception appartiendrait au cessionnaire d'une somme promise en dot, auquel le constituant opposerait une contre-lettre portant réduction de cette somme[37]. Il y a plus, les créanciers, même sim-

[36] MM. Rodière et Pont (I, 162) proposent une autre formule, pour la solution de la question de savoir quelles sont les personnes qui peuvent s'attribuer la qualité de tiers quant à l'application de l'art. 1397. Suivant ces auteurs, on ne doit considérer comme tiers, que les personnes qui ont traité avec les époux sur la foi des clauses du contrat de mariage auxquelles la contre-lettre a dérogé. Encore faut-il que ces clauses ne rentrent pas dans la catégorie de celles que leur nature rend susceptibles d'être exécutées d'une manière complète durant le mariage, et de devenir ainsi sans objet pour l'avenir. Mais cette formule nous paraît trop étroite dans l'une et l'autre des conditions qu'elle exige: elle conduit à refuser la qualité de tiers à des personnes qui, d'après l'esprit de la loi, doivent être admises à invoquer la disposition de l'art. 1397. Aussi ne sommes-nous pas d'accord avec MM. Rodière et Pont sur plusieurs points de détail. Voy. les deux notes suivantes.

[37] Comme il s'agit ici d'une convention qui a pour objet la transmission d'un droit de créance établi par le contrat de mariage, il nous paraît impossible de dénier la qualité de tiers au cessionnaire, dans ses rapports avec la personne qui a promis la dot, et qui, pour en refuser le paiement intégral, lui oppose la contre-lettre par laquelle son obligation a éte réduite. MM. Rodière et Pont (*loc. cit.*) enseignent cependant le contraire, en raisonnant de la manière suivante : Le mari, disent-ils, était incontestablement autorisé à toucher la dot pendant le mariage ; et si, de fait, il en avait reçu une partie, le tiers auquel il aurait ultérieurement cédé la totalité de la somme primitivement promise, n'aurait d'action contre le constituant que pour le solde restant dû. Or, comme il ne serait pas autorisé à se prévaloir de l'ignorance d'un fait survenu depuis le mariage, on ne voit pas pourquoi il pourrait opposer avec plus d'avantage l'ignorance d'un fait passé auparavant. Mais cette argumentation n'est rien moins que concluante. Si le paiement constitue, même au regard des tiers, une cause légitime et efficace d'extinction, totale ou partielle, des obligations, il n'en est pas de même des contre-lettres, qui ne peuvent être invoquées contre eux, encore qu'elles aient acquis date certaine. Art. 1321. A la vérité, l'art. 1397 permet d'opposer aux tiers les changements faits aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage ; mais il ne le permet qu'à la condition de l'accomplissement des formalités qu'il prescrit. A défaut de ces formalités, les parties restent sous l'empire de la règle générale posée par l'art. 1321.

plement chirographaires, des époux ou du mari, dont les créances sont postérieures à la célébration du mariage, doivent être considérés comme des tiers, lorsque, pour arrêter les poursuites qu'ils exercent sur des biens de la femme, on leur oppose une contre-lettre qui a modifié le régime établi dans le contrat primitif, en substituant, par exemple, le régime dotal à celui de la communauté, ou en réduisant la communauté légale à une communauté d'acquêts[38].

[38] Voy. encore en sens contraire : Rodière et Pont, *loc. cit.* Cette question, nous le reconnaissons, est d'une solution plus délicate que la précédente. On peut objecter que les créanciers qui ont traité avec les époux ou l'un d'eux, sans avoir spécialement en vue telle ou telle clause du contrat de mariage, ne peuvent puiser aucun droit dans ce contrat, et sont, par cela même, non recevables à contester l'efficacité des modifications que les parties y auraient apportées. Mais cette objection n'est que spécieuse : Le contrat de mariage n'a pas seulement pour objet de régler les droits respectifs des époux ; il sert également de régulateur à leurs rapports avec leurs créanciers, en ce sens que, suivant le régime qu'ils ont adopté, la loi confère ou refuse à ceux-ci, un droit de gage et de poursuite sur telle ou telle catégorie de biens. Quand il s'agit pour les créanciers de faire maintenir les droits de gage qui leur appartiennent d'après les clauses du contrat de mariage, en repoussant une contre-lettre que les époux leur opposent, ils ne sont évidemment plus les ayants-cause de ces derniers, mais des tiers ; et on ne pourrait leur refuser le bénéfice de l'art. 1397, sans méconnaître l'esprit de la loi, qui a voulu garantir, contre tout danger de fraude, de surprise, ou de mécompte, les personnes qui traiteront avec les époux. Que l'on ne dise pas que le terme *tiers* doit avoir dans l'art. 1397, la même signification que dans l'art. 1328, et que si, pour l'application de cette dernière disposition, les créanciers simplement chirographaires ne sont pas à considérer comme des tiers, cette qualité ne leur appartient pas davantage quant à l'application de l'art. 1397. Il existe entre les deux situations une différence profonde. Le droit de gage qui, aux termes de l'art. 2092, appartient à tout créancier, même simplement chirographaire, sur le patrimoine du débiteur, n'empêche pas ce dernier de disposer librement de ses biens. Les actes d'aliénation qu'il passe, tout en ayant pour résultat de diminuer l'émolument de l'action des créanciers, n'en laissent pas moins intact, en principe, leur droit de gage, qui frappe toujours le patrimoine tout entier du débiteur ; et c'est pour cela qu'ils doivent être considérés comme représentés par celui-ci dans les actes concernant ses biens. Mais les changements apportés par les époux à leur contrat de mariage peuvent avoir pour leurs créanciers, des effets beaucoup plus préjudiciables et plus absolus, en les privant complétement de toute action sur tels ou tels biens, qui, d'après le contrat de mariage primitif, devaient former leur gage. Ici, ce n'est plus seulement l'émolument de l'action des créanciers qui est en question, c'est leur droit même qui peut être atteint dans son principe.

Pour mieux assurer encore les intérêts des tiers, la loi défend au notaire dépositaire de la minute du contrat de mariage, d'en délivrer des grosses ou des expéditions, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Art. 1397. Toutefois, quand le notaire a négligé de se conformer à cette prescription, la contre-lettre n'en est pas moins efficace à l'égard des tiers, sauf seulement leur recours contre le notaire [39], qui, selon les circonstances, pourrait de plus être passible de peines disciplinaires [40].

Les règles prescrites par les art. 1396 et 1397 s'appliquent à toutes les conventions ou dispositions nouvelles qui, directement ou indirectement, peuvent avoir pour résultat d'altérer, soit la position et les droits respectifs des époux, soit leurs rapports avec les tiers, tels qu'ils sont déterminés par le contrat de mariage [41]. Elles s'appliquent, en particulier, aux donations faites et aux ventes passées, par l'un des futurs conjoints en faveur de l'autre, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage [42].

39 Delvincourt, sur l'art. 1397. Duranton, XIV, 69. Odier, II, 668. Troplong, I, 248. Zachariæ, § 503, texte et note 16. Cpr. Rodière et Pont, I, 163 et 164. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, XII, 68. — Le terme *parties*, qui se trouve dans le second membre de l'art. 1397, doit s'entendre des *parties lésées*, c'est-à-dire des personnes qui ont éprouvé quelque préjudice, en traitant sur la foi d'une expédition incomplète. Cpr. Zachariæ, § 503, note 17.

40 C'est ce qui indiquent les termes de l'art. 1397, *et sous plus grande peine*. Duranton, XIV, 68. Zachariæ, § 503, texte et note 18. — M. Troplong (I, 249) pense que le notaire pourrait être poursuivi pour faux, s'il avait agi par fraude. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être admise. La fraude est sans doute un des éléments du faux ; mais elle ne suffit pas à elle seule pour le constituer.

41 Zachariæ, § 503, texte et note 9. Cpr. texte n° 3, et notes 10 à 22 *supra*.

42 Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 14. Battur, I, 45 et suiv. Duranton, XIV, 59 et 60. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., 13, 1, 378. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533. Agen, 17 août 1837, Sir., 38, 2, 122. — Toullier (XII, 58) enseigne le contraire, en disant que, puisqu'il est aujourd'hui permis aux époux de se faire des donations pendant le mariage, il doit aussi être permis aux futurs époux de s'en faire avant la célébration du mariage. Mais cet argument porte évidemment à faux : les donations faites pendant le mariage sont révocables, tandis que celles qui auraient lieu avant la célébration du mariage seraient irrévocables.

§ 504.

5. *Des conventions et stipulations permises dans le contrat de mariage. — De l'interprétation des clauses de ce contrat.*

1° Les conventions matrimoniales ne peuvent avoir pour objet que le règlement des droits respectifs que les époux auront à exercer sur leurs biens, soit pendant la durée du mariage, soit après sa dissolution. Les rapports personnels que le mariage établit entre conjoints, et ceux qui unissent les enfants à leurs parents, ne sauraient devenir la matière d'un règlement contractuel.

Aux termes de l'art. 1388, les futurs époux ne peuvent déroger, même par contrat de mariage, ni aux droits qui appartiennent au mari, en vertu de la puissance maritale ou paternelle, sur la personne de la femme et des enfants, ou qui lui compètent comme chef de l'association conjugale, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *De la puissance paternelle*, et par le titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.*

Ainsi, serait nulle, toute clause par laquelle le mari abdiquerait le droit de diriger l'éducation des enfants à naître du mariage, ou par laquelle la femme renoncerait, pour le cas de survie, à l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants, ou à leur tutelle légale. Il en serait de même de la renonciation, que feraient les futurs époux ou l'un d'eux, à la jouissance légale sur les biens de leurs enfants[1].

[1] Nous avions, dans nos deux premières éditions, adopté l'opinion contraire, en nous fondant sur ce que la jouissance légale des père et mère n'est pas compris dans l'énumération des droits auxquels l'art. 1388 défend de renoncer. Bien que ce motif soit exact en lui-même, puisque le texte de cet article ne mentionne, ni expressément, ni implicitement, cette jouissance, un nouvel examen de la question nous a fait penser qu'il n'était pas concluant. La jouissance légale n'est sans doute qu'un droit pécuniaire, et ne constitue pas un attribut essentiel de la puissance paternelle. Toutefois, il serait malgré cela difficile de ne pas reconnaître que ce droit a été conféré aux parents, non pas seulement à titre de rémunération, mais encore par des considérations morales, tenant au bon ordre des familles. Si les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans l'art. 387, admis la validité de la condition par laquelle un donateur ou testateur prive le père ou la mère de la jouissance des biens donnés ou légués à leur enfant, ce n'est pas tant par le motif

Quant à l'engagement qu'ils prendraient, l'un envers l'autre, ou envers un tiers, de faire élever leurs enfants dans les dogmes de telle ou de telle religion, il serait destitué d'efficacité civile[2].

On doit, d'un autre côté, considérer comme nulle, toute clause qui dispenserait la femme, d'une manière générale et absolue, de la nécessité de l'autorisation maritale, ou qui enlèverait au mari, les droits et pouvoirs dont la loi l'investit comme chef de l'association conjugale, et notamment la clause par laquelle les futurs époux conviendraient, ou que le mari ne sera pas le maître de la communauté, ou même simplement qu'il ne pourra, sans le consentement de la femme, disposer des immeubles communs[3].

que la jouissance légale des père et mère ne constitue qu'un bénéfice personnel et de pur intérêt privé, que dans la crainte de voir des personnes bien disposées en faveur d'enfants mineurs, mais animées de ressentiment contre leurs parents, hésiter à réaliser des intentions généreuses dont ces derniers seraient appelés à profiter. La disposition de l'art. 387 ne touche donc, en aucune façon, au caractère intrinsèque de celle de l'art. 384, et n'est dès lors pas suffisante pour justifier la validité de la renonciation que les futurs époux feraient, par contrat de mariage, à la jouissance légale des biens des enfants à naître de leur union. Cette manière de voir a été formellement exprimée dans la *Discussion au Conseil d'État*, par Treilhard et Berlier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 166 et 169). Voy. en ce sens: Zachariæ, § 504, texte et note 2; Toullier, XII, 15; Bellot des Minières, I, p. 16; Rodière et Pont, I, 74; Odier, II, 628; Marcadé, sur l'art. 1389, n° 6; Demolombe, VI, 490 et 491; Troplong, I, 61.

[2] Duranton, XIV, 24. Odier. II, 628. Marcadé, sur l'art. 1389, n° 3. Troplong, I, 61. Demolombe, VI, 295. Zachariæ, § 504, texte et note 3. Voy. en sens contraire: Rodière et Pont, I, 63.

[3] Les termes de l'art. 1388, *ou qui appartiennent au mari comme chef*, se rapportent aux droits sur les biens, et indiquent plus spécialement les pouvoirs que la loi attribue au mari sur les biens communs. Si les droits de jouissance et d'administration que, sous tel ou tel régime, la loi reconnaît au mari sur les biens personnels de la femme, sont en général susceptibles d'être restreints ou modifiés, il n'en est pas de même, sous le régime de la communauté, de ses droits et attributions quant aux biens communs. La maxime *Le mari est seigneur et maître de la communauté*, est une conséquence des rapports personnels que le mariage établit entre les époux; elle est d'ordre public, et tient à l'essence même du régime de communauté. Toute restriction des pouvoirs que la loi confère au mari sur les biens de la communauté, doit être écartée comme contraire à cette maxime. D'un autre côté, s'il pouvait être permis d'enlever au mari, par une clause du contrat de mariage, la faculté d'aliéner seul, et sans le consentement de la femme, les immeubles de la communauté, il devrait également être permis d'exiger le concours de la femme pour les actes de constitution d'hypo-

Cependant, il est permis à la femme, alors même qu'elle se marie sous le régime de la communauté, et bien que, sous ce régime, le mari soit de droit l'administrateur de sa fortune personnelle, de se réserver, non-seulement la jouissance, mais même l'administration de certains de ses biens ; et, dans ce cas, elle a la faculté de faire, sans l'autorisation du mari, les actes relatifs à cette administration[4].

2° Les futurs époux jouissent, sous les restrictions qui seront indiquées ci-après, d'une entière liberté pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Ils sont autorisés, en faisant choix de tel ou tel régime, à le modifier au moyen, non seulement d'une ou de plusieurs des clauses prévues et expliquées par la loi, mais encore de toutes autres stipulations qu'ils jugeraient convenable

thèque. Dans ce système, il n'y aurait même plus de raison pour rejeter des clauses qui tendraient à restreindre les droits du mari quant aux actes de simple administration, ce qui est évidemment inadmissible. La question, du reste, doit encore être examinée à un autre point de vue : Quel serait, en présence d'une clause qui interdirait au mari d'aliéner les immeubles de la communauté sans le consentement de la femme, l'effet des engagements qu'il aurait contractés seul ? Ces engagements seraient-ils, malgré cette interdiction, susceptibles d'être poursuivis sur la propriété même des immeubles de la communauté ? En s'attachant au principe que nul ne peut faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement, on est conduit à adopter la négative ; mais cette solution, en opposition formelle avec les règles fondamentales du régime de communauté, aboutirait à ce résultat bizarre que la femme, tout en acceptant la communauté et en retirant la moitié des immeubles communs, ne serait cependant pas tenue, sur ces immeubles, de la moitié des dettes. Que si l'on se prononçait pour l'affirmative, on reconnaîtrait par là même l'inefficacité de la clause dont il s'agit, puisque le mari resterait le maître d'aliéner indirectement les immeubles de la communauté par des engagements contractés sans le consentement de la femme. Ces diverses considérations nous portent à repousser la clause qui défendrait au mari d'aliéner seul les immeubles communs; et ce, non-seulement en tant qu'elle porterait sur les conquêts, mais même en tant qu'elle s'appliquerait aux immeubles tombés dans la communauté du chef de la femme, par suite d'une convention d'ameublissement. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, I, p. 311 et suiv.; Taulier, V, p. 85 ; Rodière et Pont, I, 66 et 67 ; Marcadé, sur l'art. 1389, n° 6 ; Troplong, I, 64 ; Paris, 7 mai 1855, Sir., 56, 2, 497. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 309 ; Battur, II, 549 ; Duranton, XIV, 266. Cpr. aussi, quant aux immeubles conquêts : Zachariæ, § 504, note 1.

[4] Cpr. art. 223, 1538, 1576, 2066, alin. 3 et 4 ; § 472, texte n° 4, lett. *b*, et note 69. Pothier, n° 466. Battur, II, 550. Toullier, XII, 380. Rodière et Pont, I, 68. Troplong, I, 66.

de faire [5]. Ils sont également autorisés à adopter un régime mixte, en combinant entre elles des règles propres à divers régimes. Art. 1387, 1497, 1527 et 1581.

C'est ainsi qu'ils peuvent, tout en se mariant sous le régime de la communauté, adopter, sous certains rapports et pour partie seulement, telles ou telles règles particulières au régime dotal [6]. Il leur est notamment permis de déclarer inaliénables les immeubles de la femme ; et cette clause serait efficace, à l'égard des tiers, indépendamment de toute déclaration expresse de soumission au régime dotal [7].

5 Zachariæ, § 504, texte et note 17. Cpr. sur plusieurs clauses qui étaient autrefois en usage : Merlin, *Rép.*, vis Affrérissement, Augment, Bagues et Joyaux, Douaire, Dot, § 5, et *Quest.*, v° Douaire; Delvincourt, III, p. 75.

6 Cette proposition est généralement admise. *Rapport au Tribunat*, par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 397, n° 80). Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 7. Toullier, XII, 372. Duranton, XIII, 397. Rodière et Pont, I, 85 et 86 ; et III, 2085. Odier, II, 673. Marcadé, sur l'art. 1497, n° 3. Troplong, I, 80. Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. Civ. cass., 6 novembre 1854, Sir., 54, 1, 712. Civ. rej., 7 février 1855, Sir., 55, 1, 580. — Mais certaines clauses ont donné lieu à controverse sur le point de savoir, si elles devaient ou non être considérées comme emportant virtuellement soumission partielle au régime dotal. Cpr. à cet égard : § 533.

7 Cette clause n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux dispositions prohibitives de la loi. Merlin, Toullier et Odier, *ubi supra*. Rodière et Pont, *locc. citt.* Zachariæ, § 504, texte et note 18. Cpr. Paris, 30 mai 1835, Sir., 35, 2, 558 ; Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. — Marcadé (sur l'art. 1497, n° 3) et Troplong (I, 79 et suiv.) se prononcent en sens opposé, par le double motif que la femme qui se marie sous le régime de la communauté, restant capable d'aliéner ses immeubles avec le consentement du mari, ne peut s'imposer des entraves de nature à supprimer ou à diminuer sa capacité ; et que l'indisponibilité des biens, qui est contraire à l'intérêt général, ne peut résulter que du régime dotal, auquel la loi l'a spécialement attachée. Ces deux propositions, qui d'ailleurs ont le tort de résoudre la question par la question même, nous paraissent manquer d'exactitude. Le régime dotal n'a, dans l'esprit du Code Napoléon, aucun caractère statutaire : quand les époux s'y soumettent, c'est par un acte de volonté tout spontané qu'ils le font. Les entraves ou restrictions qui en résultent pour la femme, sont le produit d'une détermination libre de sa part ; c'est elle qui se les impose par avance ; et si elle peut le faire, en choisissant le régime dotal, pourquoi ne le pourrait-elle pas en adoptant le régime de la communauté ? Des observations analogues s'appliquent à la proposition relative à l'indisponibilité des biens. Au fond, n'est-il pas évident que la clause qui déclare inaliénables les biens de la femme, leur imprime, du moins sous ce rapport, le caractère de la dotalité, et équivaut, de la part des époux, à une déclaration formelle de soumission relative et partielle au régime dotal ?

Réciproquement, les futurs époux sont libres, en adoptant le régime dotal, de déclarer les immeubles dotaux de la femme aliénables sans aucune condition de remploi, et même sans l'observation des formalités prescrites par l'art. 1558[8].

Les futurs époux peuvent, d'un autre côté, subordonner leurs conventions matrimoniales, et notamment l'établissement ou l'existence de la communauté, à une condition suspensive ou résolutoire[9], pourvu que cette condition ne consiste pas dans un fait

[8] Cpr. § 502, texte n° 3, notes 25 à 27.

[9] Ainsi, par exemple, les époux peuvent convenir qu'ils seront ou non communs en biens, selon qu'ils auront ou non des enfants de leur mariage. Nos anciens auteurs ne faisaient aucun doute sur la validité de pareilles stipulations; et leur opinion a été suivie par plusieurs interprêtes du Code Napoléon. Voy. Lebrun, liv. I, chap. III, n° 10; Renusson, part. I, chap. IV, n° 8; Pothier, n° 278; Merlin, *Rép.*, v° Communauté, § 4, n° 1; Delvincourt, III, p. 10; Toullier, XII, 86; Battur, I, 88; Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° Communauté, n° 29; Duranton, XIV, 97; Odier, II, 674; Zachariæ, § 506, texte et note 3; Colmar, 15 avril 1834, et 28 mars 1854, *Journal des arrêts de la Cour de Colmar*, 30, p. 104, 50, p. 17. — M. Bellot des Minières (III, p. 4 et suiv.) est le premier auteur qui ait enseigné l'opinion contraire, en déniant aux époux, la faculté de subordonner à une condition, l'établissement d'un régime matrimonial quelconque. C'est aussi dans ce sens que se sont prononcés Marcadé (sur l'art. 1399, n°s 2 et 3) et M. de Neyremand (*Revue pratique*, 1857, III, p. 121). MM. Rodière et Pont (I, 89 et suiv.), tout en reconnaissant, en général, aux futurs époux, la faculté de subordonner à des conditions, l'adoption de tel ou tel régime matrimonial, leur refusent cette faculté, quand il s'agit de l'établissement de la communauté; et leur opinion sur ce point particulier a été adoptée par M. Troplong (I, 332), qui ne s'explique pas sur la question générale résolue au texte. Ces auteurs se fondent sur ce que l'art. 1399, qui proscrit toute convention tendant à assigner à la communauté, un point de départ autre que la célébration du mariage, repousserait implicitement, et à plus forte raison, toute clause qui rendrait incertaine l'existence même de la communauté. A notre avis, cette conclusion n'est point exacte: Si le législateur a jugé utile d'interdire toute clause qui donnerait à la communauté, un point de départ antérieur à la célébration du mariage, ou qui ne la ferait commencer qu'à une époque postérieure à cette célébration, cela n'autorise pas à dire qu'il ait voulu ôter également aux futurs époux, la faculté de subordonner à des conditions d'ailleurs licites, l'adoption de tel ou tel régime, et spécialement de celui de la communauté, en le faisant remonter, pour le cas d'accomplissement de la condition, au jour même de la célébration du mariage. En présence du principe de la liberté des conventions matrimoniales, principe que l'art. 1387 proclame en termes si énergiques, les dispositions légales qui restreignent cette liberté, constituent autant d'exceptions, auxquelles il faut appliquer la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

dont l'accomplissement dépende de leur volonté ou de celle de l'un d'eux[10]. Si, en usant de cette faculté, les futurs époux ne s'expliquent pas sur le régime qu'ils entendent adopter, en cas que la condition suspensive vienne à manquer, ou que la condition résolutoire vienne à s'accomplir, ils sont censés avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale, à moins que ce ne soit ce régime même, dont ils aient subordonné l'adoption à quelque condition. Dans cette dernière hypothèse, ils devraient être considérés comme s'étant mariés sous le régime exclusif de communauté, tel qu'il est établi par les art. 1530 à 1535[11].

3° La liberté dont les futurs époux jouissent pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, est soumise aux restrictions suivantes :

a. Ils ne peuvent faire aucune convention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Art. 6, 1133 et 1387. La clause par laquelle ils auraient renoncé au droit de disposer l'un au profit de l'autre, serait à considérer comme non écrite[12].

On doit également tenir pour non avenue, toute clause dont l'objet serait d'assigner à l'hypothèque légale de la femme, pour telle ou telle de ses créances, une date différente de celle que lui attribue l'art. 2135[13].

b. Les époux ne peuvent, en dehors des donations formellement autorisées par les art. 1093 et 1094, faire aucnne stipulation ni disposition ayant pour objet les biens qu'ils laisseront à leur décès. Art. 1130. Il leur est interdit, d'un autre côté, de renoncer, même en considération de dispositious faites en leur faveur, à des suc-

10 La clause par laquelle les époux auraient subordonné leurs conventions matrimoniales à une condition de cette nature, serait à considérer comme non avenue. Arg. art. 1395. Duranton, XIV, 97. Battur, II, 251. Zachariæ, § 506, texte et note 4. — Toullier (XII, 86), conséquent à son opinion, enseigne que la clause dont s'agit serait valable, sauf seulement la révocabilité de l'avantage qui en résulterait pour l'un des époux. Mais voy. § 503 *bis*, texte et note 8.

11 Duranton, XIV, 97 et 98. Battur, *loc. cit.*

12 Toullier, XII, 18. Bellot des Minières, I, p. 16. Odier, II, 634. Zachariæ, § 504, texte et note 6. Req. rej., 31 juillet 1809, Sir., 9, 1, 408.

13 Voy. art. 2140; § 264 *ter*, texte n° 6, notes 62 et 63.

cessions qui doivent leur échoir[14], ou de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes, soit par rapport à leurs enfants entre eux[15]. Art. 791 et 1389.

On doit, par application de ces principes, décider que les époux ne peuvent plus aujourd'hui, en établissant une communauté d'acquêts, stipuler que les acquêts appartiendront en propriété aux enfants à naître du mariage, avec réserve d'usufruit au profit de l'époux survivant[16].

14 L'art. 791 consacre une innovation législative. Anciennement, dans les pays de Droit écrit, comme dans les pays de coutume, les filles, même mineures, pouvaient, par contrat de mariage, moyennant une dot plus ou moins considérable, et payable comptant ou dans un bref délai, renoncer, en faveur des mâles, à la succession de ceux qui leur constituaient la dot. D'après plusieurs coutumes, les mâles puinés pouvaient également, par contrat de mariage, renoncer, au profit de leurs aînés, à des successions futures. Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 182 et suiv. Lebrun, *Traité des successions*, liv. III, chap. VIII, sect. I. Merlin, *Rép.*, v° Renonciation à succession future. Troplong, I, 125 à 129. Zachariæ, § 504, texte et note 5.

15 Cpr. Bruxelles, 16 mars 1824. Sir., 25, 2, 377. — Ainsi, deux personnes ayant des enfants d'un premier lit, ne pourraient plus, par leur contrat de mariage, faire un affrérissement (*unio prolium*) entre ces enfants et ceux qui naîtront de leur nouveau mariage. Merlin, *Rép.*, v° Affrérissement. Zachariæ, § 404, texte et note 7. — Mais rien n'empêche que les époux, en se soumettant au régime de la communauté, n'excluent les héritiers collatéraux du partage de la communauté. Une pareille stipulation vaudrait comme donation conditionnelle, au profit du survivant des époux, de la part du prémourant dans la communauté. Rodière et Pont, I, 78.

16 Cette clause, usitée surtout dans le ressort du Parlement de Bordeaux, était généralement considérée comme valable; et plusieurs auteurs, s'appuyant sur la déclaration faite par Duveyrier, dans son rapport au Tribunat (Locré, *Lég.*, XIII, p. 396), et sur l'opinion de Maleville (III, p. 346), tiennent la clause pour valable encore aujourd'hui, sous la double réserve toutefois, que l'ordre légal des successions soit maintenu, et la loi restrictive des donations respectée. Voy. en ce sens : Rodière et Pont, II, 1226 et 1227; Troplong, III, 1858. Mais les deux restrictions que ces auteurs mettent à leur opinion, prouvent que, dans leur pensée même, la clause dont il s'agit renferme un avantage ou une libéralité qui, dans certaines situations données, et notamment dans le cas où les époux, ou l'un d'eux, auraient des enfants d'un autre lit, pourrait dépasser la mesure de la quotité disponible. Or, cet avantage est nul, soit comme portant sur des biens à venir, soit comme fait en faveur d'enfants non encore conçus. En vain dit-on qu'il ne s'agit là que d'un pacte matrimonial, ayant pour objet de régler le sort de biens éventuels, et qui ne saurait être considéré comme

c. Certaines conventions, qui ne seraient pas défendues d'après ce qui précède, sont expressément ou implicitement interdites aux futurs époux, par des motifs particuliers tirés de la nature de l'association conjugale, et des rapports personnels que le mariage établit entre le mari et la femme. C'est ainsi que la loi prohibe expressément toute clause par laquelle la femme s'interdirait la faculté de répudier la communauté, ou par laquelle elle renoncerait, d'une manière absolue, à son hypothèque légale sur les biens du mari. Art. 1453 et 2140. Voy. aussi art. 1399 et 1521. D'un autre côté, on doit considérer comme virtuellement prohibées : la clause qui imposerait à la femme, l'obligation de contribuer aux dettes de la communauté au-delà de son émolument (art. 1483) [17] ; celle qui contiendrait, de la part de la femme, renonciation à la faculté de provoquer, le cas échéant, la séparation de biens (art. 1443 et 1563) ; enfin, celles par lesquelles les futurs époux conviendraient, que la communauté établie entre eux continuera à subsister, en cas de séparation de corps [18] (art. 311 et 1441, n° 4), ou que les donations qu'ils se feront pendant le mariage, seront irrévocables. Art. 1096.

d. Si l'un des futurs conjoints a des enfants d'un précédent mariage, il ne peut faire, avec son nouvel époux, aucune convention qui tendrait, dans ses effets, à conférer à ce dernier, des avantages excédant la portion réglée par l'art. 1098. Art. 1527 [19].

4° La loi abandonne aux futurs époux, le choix des termes ou des formules à employer dans la rédaction du contrat de mariage.

constituant une donation. Qu'il y ait là ou non une donation proprement dite, cela importe peu : il y a toujours un avantage fait aux enfants à naître du mariage, et qu'ils recueilleraient en cette qualité, sans avoir besoin de se porter héritiers de leur père ou de leur mère. Or, un pareil avantage ne saurait être fait *directement* aux enfants à naître du mariage, qui ne peuvent, même par contrat de mariage, être gratifiés qu'*accessoirement* aux époux eux-mêmes ou à l'un d'eux. Cpr. § 739, texte n° 2, et note 29. Voy. dans le sens de notre opinion : Tessier, n° 417 ; Odier, II, 715 ; Labbé, *Dissertation, Journal du Palais*, 1866, p. 145; Bordeaux, 18 août 1864, et 23 août 1865, Sir., 65, 2, 15, et 66, 2, 81.

17 Lebrun, p. 401 et 402, n° 7. Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 594. Odier, I, 558. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 228. Troplong, III, 1760. Zachariæ, § 504, III, p. 161.

18 Bruxelles, 28 mars 1810, Sir., 10, 2, 362.

19 Voy. l'explication de cet article au § 690, texte et notes 14 à 21. Cpr. art. 1496.

Lorsqu'ils veulent adopter l'un des régimes prévus et réglés par le Code Napoléon, ils peuvent, ou reproduire en détail les règles tracées par la loi, ou se borner à indiquer, sans autre explication, le régime auquel ils entendent se soumettre. Art. 1391.

Toutefois, il ne leur est plus permis de déclarer, en termes généraux, que leur association sera régie par l'une de nos anciennes lois ou coutumes, générales ou locales, ni même qu'ils entendent adopter les dispositions d'un ou de plusieurs des articles de ces lois ou coutumes[20]. Toute clause de cette nature serait à considérer comme non avenue. Art. 1390 et arg. de cet article[21].

Mais rien n'empêche que les époux qui voudraient adopter le régime établi par une ancienne coutume, ou s'approprier les dispositions d'un ou de plusieurs de ses articles, ne puissent le faire, en reproduisant même littéralement le texte de cette coutume[22].

D'un autre côté, la disposition de l'art. 1390 n'atteindrait pas

[20] Bellot, IV, 504. Zachariæ, § 504, texte et note 20. Les futurs époux ne pourraient-ils pas du moins, pour le règlement des effets et l'exécution d'une clause insérée dans leur contrat de mariage, par exemple, pour la fixation d'un douaire assuré à la femme, se référer à un article d'une ancienne coutume? Toullier (XII, 7, à la note) enseigne l'affirmative. Mais son opinion nous paraît contraire à l'esprit de l'art. 1390. En l'adoptant, on retomberait indirectement dans l'inconvénient que cet article a eu pour objet de prévenir. Cpr. la note suivante. Duranton, XIV, 32. Odier, II, 639 et 640. Rodière et Pont, I, 80. Marcadé, sur l'art. 1390, n° 1. Troplong, I, 138. Zachariæ, § 504, texte et note 21. Poitiers, 16 mars 1826, Sir., 26, 2, 274. Grenoble, 6 juin 1829, Sir., 30, 2, 152. Civ. rej., 28 août 1833, Sir., 33, 1, 744.

[21] Les rédacteurs du Code Napoléon ont pensé que de pareilles clauses seraient de nature à porter atteinte à l'unité de la législation nouvelle, en perpétuant, en quelque sorte, comme lois de l'État, au gré de la volonté des particuliers, cette foule de coutumes et d'usages divers qui couvraient autrefois le territoire français. — La disposition prohibitive de l'art. 1390, est-elle applicable à toute espèce d'actes ou de contrats, et notamment aux testaments? L'affirmative nous semble incontestable, lorsque les contractants ou le testateur s'étant bornés à renvoyer, en termes généraux, aux dispositions d'une ancienne coutume, il est impossible de saisir leur volonté sans recourir à cette coutume. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Institution d'héritier, sect. IV, n° 4 *bis*, et *Quest.*, v° Testament, § 15 ; Rodière et Pont, I, 81 à la note ; Marcadé, sur les art. 1390 à 1393, n° 1, note 2 ; Req. rej., 19 juillet 1810, Sir., 10, 1, 361 ; Riom, 14 août 1809, Sir., 10, 2, 345 ; Req. rej., 23 décembre 1828, Sir., 29, 1, 155.

[22] *Discussion au Conseil d'État*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 158 et suiv., n° 7. Zachariæ, § 504, texte et note 22.

la clause par laquelle les époux auraient déclaré, quoiqu'en termes généraux, qu'ils entendaient adopter le régime matrimonial établi par une législation étrangère [23].

5° La nullité d'une ou de plusieurs clauses d'un contrat de mariage, entraine la nullité des conventions qui ont été consenties en considération de ces clauses, et de celles qui en sont des conséquences. Mais, pour le surplus, le contrat de mariage doit recevoir son exécution [24].

6° Les époux sont présumés, lors même qu'ils ont fait un contrat de mariage, avoir voulu adopter le régime de la communauté légale dans tous les points auxquels ils n'ont pas dérogé. Ainsi, dans le doute, soit sur la portée des clauses d'une communauté conventionnelle, soit même, en général, sur le régime auquel les époux ont entendu se soumettre, les conventions matrimoniales doivent être interprétées d'après les principes qui régissent la communauté légale [25]. Art. 1393 et 1528. Spécialement, les époux ne sont à considérer comme mariés sous le régime dotal, qu'autant qu'ils ont expressément déclaré vouloir se soumettre à ce régime, ou que leur intention à cet égard ressort, d'une manière non équivoque, des clauses du contrat de mariage. Art. 1392 [26].

§ 504 *bis*.

De la loi à laquelle, en l'absence de contrat de mariage, les époux sont censés s'être soumis.

Le principe d'après lequel les époux, tous deux Français dès avant leur mariage, sont censés, en l'absence de contrat de mariage, avoir voulu se soumettre au régime de la communauté

23 Le motif spécial sur lequel est fondée la disposition prohibitive de l'art. 1390, est sans application à la clause dont il s'agit au texte. L'adoption du régime matrimonial, établi par une législation étrangère, peut d'ailleurs résulter, même pour un Français, du fait de s'être marié sans contrat de mariage. Cpr. § 504 *bis*. Rodière et Pont, I, 82.

24 Duranton, XIV, 33. Zachariæ, § 504, texte et note 26.

25 Bellot des Minières, I, p. 23. Zachariæ, § 504, texte et note 23. Turin, 23 juillet 1808, Sir., 9, 2, 322. Rouen, 11 juillet 1826, Sir., 27, 2, 15. Req. rej., 28 février 1828, Sir., 28, 1, 175.

26 Cpr. pour le développement de cet article, le § 533.

légale, établi par la loi française, s'applique, en général, même au cas où le mariage a été célébré à l'étranger [1].

Cependant on pourrait, dans ce cas, admettre, suivant les circonstances, que les époux ont entendu adopter le régime de Droit commun du pays où ils se proposaient de fixer leur domicile matrimonial, c'est-à-dire le siége de leur association conjugale, et où de fait ils se sont établis [2].

Par une raison analogue, lorsque deux étrangers, appartenant à la même nation, se sont mariés en France, ils n'en doivent pas moins être considérés comme ayant voulu adopter le régime de Droit commun établi par leur loi nationale, à moins que l'intention contraire de se soumettre au régime de la communauté légale selon la loi française, ne puisse s'induire de leur résidence en France dès avant le mariage, et de l'établissement dans ce pays de leur domicile matrimonial [3].

Lorsqu'il s'agit de mariages contractés entre français et étrangers, on doit présumer que les époux ont entendu adopter le régime formant le Droit commun du pays où ils ont établi leur domicile matrimonial, quel que soit d'ailleurs le lieu où le mariage a été célébré. En l'absence de tout fait indiquant, d'une manière certaine, l'intention de la part des époux de fixer le siége de leur association conjugale ailleurs qu'au domicile du mari, c'est ce domicile qui est à considérer comme domicile matrimonial [4].

[1] Duranton, XIV, 88. Troplong, I, 33.

[2] Troplong, *loc. cit.* Req. rej., 29 décembre 1836, Sir., 37, 1, 437.

[3] Toullier, XII, 91. Demolombe, I, 87. Rodière et Pont, I, 34. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage considéré en lui-même*, n° 4. Aix, 27 novembre 1854, Sir., 56. 2, 222. — Cette présomption aurait plus de force encore si, dès avant le mariage, les époux ou l'un d'eux avaient été admis, conformément à l'art. 13, à établir leur domicile en France.

[4] On convient généralement que la circonstance du lieu où le mariage a été célébré, ne peut avoir d'influence sur la solution de la question de savoir, quel est le régime que les époux sont censés avoir adopté. Mais certains auteurs enseignent que c'est la loi du domicile du mari au moment du mariage qui, en l'absence du contrat, régit l'association conjugale. Voy. en ce sens : Fœlix, *Droit international et privé*, n[os] 20, 27 et 66 ; Odier, I, 47 à 51. A notre avis, cette manière de voir n'est point exacte. Le domicile du futur époux ne saurait être considéré comme indiquant, par lui-même et nécessairement, de la part de la future épouse, l'intention de se soumettre à la loi de ce domicile. C'est le lieu où les futurs conjoints se proposaient de fixer le siége de leur association conju-

La même présomption s'applique aux mariages contractés entre étrangers de nationalité différente.

Il en est ainsi dans l'un et l'autre cas, bien que la loi nationale de l'un des conjoints n'admette pas, ou défende même, le régime auquel les époux sont présumés avoir voulu se soumettre, en ce sens du moins que ce régime formera la règle d'après laquelle se détermineront leurs droits respectifs, sur les biens situés dans le pays où ils ont établi leur domicile matrimonial [5].

Du reste, le régime de l'association conjugale, une fois fixé par la loi sous l'empire de laquelle les époux sont présumés s'être mariés, ne peut être modifié par celle du lieu où ils transportent plus tard leur domicile matrimonial [6].

gale, qu'il convient avant tout de prendre en considération, pour déterminer leur commune intention, quant au régime auquel ils entendaient se soumettre; et ce n'est qu'en l'absence de circonstances de nature à indiquer le contraire, qu'ils doivent être présumés avoir voulu établir leur domicile matrimonial au lieu du domicile du mari. Merlin, *Rép.*, v° Loi, § 6, n° 2, et v° Conventions matrimoniales, § 2. Demolombe, *loc. cit.* Coin-Delisle, *Revue critique*, 1855, VI, p. 193. Rodière et Pont, I, 36. Req. rej., 29 décembre 1836, Sir., 37, 1, 437. Paris, 3 août 1849, Sir., 49, 2, 420. Paris, 15 décembre 1853, Sir., 54, 2, 105. Civ. rej., 11 juillet 1855, Sir., 55, 1, 699. Civ. rej., 4 mars 1857, Sir., 57, 1, 247. Alger, 16 février 1867, Sir., 68, 2, 48. Cpr. Zachariæ, § 506, note 2. La règle, telle qu'elle est posée au texte, était généralement suivie dans l'ancien Droit, pour les mariages contractés entre personnes domiciliées dans des provinces régies par des coutumes ou des lois différentes. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tit. II, part. II, chap. IV, obs. 38. Lebrun, liv. I, chap. II, n° 42. Pothier, n° 14. Chabot, *Questions transitoires*, v° Communauté conjugale, n° 3. Civ. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975. Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247. Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282.

[5] Civ. rej., 4 mars 1857, Sir., 57, 1, 247.

[6] Civ. rej., 30 janvier 1854, Sir., 54, 1, 268.

I. DU RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

A. DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

§ 505.

Notion et caractères généraux de la communauté légale.

La communauté légale est une société universelle de biens, qui se forme, entre mari et femme, par le fait même du mariage [1]. Art. 1400.

Cette société ne constitue pas une personne morale, distincte de la personne des époux [2].

Elle est, en ce qui concerne la composition de son actif et de son passif, plus étendue que les sociétés universelles ordinaires,

[1] A l'exemple du Code civil, nous emploierons le mot *communauté*, pour désigner, soit les époux eux-mêmes, en tant que communs en biens, soit le fonds commun entre eux, soit enfin le fait même de leur association. C'est en prenant cette expression dans la première acception, que nous dirons que la communauté peut être créancière on débitrice des époux, et qu'elle a l'usufruit de leurs biens propres ; c'est en la prenant dans la seconde, que nous parlerons de l'actif et du passif de la communauté ; et c'est en la prenant dans la troisième, que nous dirons que la communauté commence à telle époque, et qu'elle se dissout par tel ou tel événement. Cpr. Zachariæ, § 505, texte *in principio*.

[2] Cette proposition n'est qu'une application spéciale de celle que nous avons développée à la note 16 du § 377, à propos des sociétés civiles. Ici, comme en matière de société, il ne faut pas se laisser égarer par les formes du langage juridique. Si la loi parle de récompenses et d'indemnités dues par les époux à la communauté, ou par la communauté aux époux, elle n'emploie pas le mot *communauté* pour exprimer l'idée d'un être de raison distinct des époux, mais simplement pour désigner les époux eux-mêmes, en tant que communs en biens, et comme ayant, en cette qualité, des intérêts collectifs opposés aux intérêts individuels de chacun d'eux en particulier. Toullier, XII, 82. Battur, I, 150. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 2835. Duvergier, *Des sociétés*, n° 383. Rodière et Pont, I, 334. Odier, I, 210. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 1. Zachariæ, § 505, texte et note 1re. Civ. rej., 18 avril 1860, Sir., 60, 1, 305. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, I, 279 ; Duranton, XIV, 96 ; Troplong, I, 306 et suiv.

sans cependant comprendre le patrimoine entier des époux. Certains biens en restent, de plein droit, exclus quant à la propriété. L'époux qui possède des biens personnels et distincts de sa part dans la communauté, peut, à raison de ces biens, avoir des prétentions à former contre la communauté, c'est-à-dire, contre son conjoint, en tant que commun en biens, ou comme pouvant devenir propriétaire exclusif du fonds commun, et, réciproquement, se trouver débiteur envers la communauté. Il en est, à cet égard, de la communauté conjugale, comme de toute autre société civile.

Par suite des rapports personnels que le mariage établit entre les époux, leurs droits et leurs obligations, comme communs en biens, sont régis, en ce qui concerne, soit leur position à l'égard des tiers, soit leurs rapports réciproques, par des règles spéciales et différentes pour l'un et pour l'autre.

En établissant la communauté de biens, comme régime matrimonial de Droit commun, nos coutumes avaient admis en principe que *Le mari est seigneur et maître de la communauté*. En vertu de cette maxime, la communauté était, au regard des tiers, représentée, d'une manière exclusive et absolue, par le mari. Celui-ci pouvait, sans le concours de la femme, disposer librement des biens communs, non-seulement à titre onéreux, mais même à titre gratuit ; et, d'un autre côté, les obligations par lui contractées pendant le mariage, n'importe de quelle manière et pour quelle cause, étaient susceptibles d'être poursuivies sur les biens communs, tout comme sur ses biens personnels, dont ils étaient censés faire partie [3].

Mais, dans les rapports des époux entre eux, la maxime précitée n'avait pas une portée aussi absolue ; et la femme n'en était pas moins, en réalité, même durant le mariage, copropriétaire des biens de la communauté [4]. En cette qualité, elle était admise, en-

[3] A ces divers points de vue, Desmoulin (*in cons. Paris*, § 57, n° 2, *nov. cons.*, et § 109, *vet. cons.*), et après lui, Pothier (n° 3), ont pu dire du mari : *constante matrimonio, solus actu dominus, propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem ;* et de la femme : *non est proprie socia, sed speratur fore.*

[4] Ce n'est qu'en envisageant séparément les rapports des époux communs envers les tiers, et leurs rapports réciproques, qu'il est possible de déterminer le véritable sens de la maxime *Le mari est seigneur et maître de la communauté*, et de caractériser la position du mari et celle de la femme pendant le mariage. La distinction, indispensable à faire à cet égard, a cependant échappé à Toullier (XII, 75 à 81) et à MM. Championnière et Rigaud (*op. cit.*, IV, 2835 et 2836),

core qu'elle ne possédât pas de biens personnels, à provoquer la séparation de biens, et à quereller, à la dissolution de la communauté, les actes faits en fraude de ses droits.

Pour faire contrepoids aux pouvoirs illimités du mari sur les biens communs, et garantir, dans une certaine mesure, la fortune personnelle de la femme contre les conséquences des engagements par lui contractés, la pratique coutumière avait, à l'occasion des croisades, établi, en faveur des veuves nobles, la faculté de renoncer à la communauté, pour s'affranchir de toute participation aux dettes. Cette faculté fut peu à peu étendue aux femmes des roturiers[5].

qui, se fondant sur les passages de Dumoulin et de Pothier, cités à la note précédente, et auxquels ils attribuent une portée absolue, soutiennent que la femme n'est pas, durant la communauté, copropriétaire du fonds commun, et qu'elle n'a qu'une simple expectative de copropriété, expectative qui se réalise ou s'évanouit, selon qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce. La méprise où ils sont tombés, a d'autant plus lieu d'étonner, qu'en disant que, pendant le mariage, le mari est *solus actu dominus,* Dumoulin a eu soin d'ajouter, *propter auctoritatem administrationis et alienandi protestatem;* ce qui, en précisant et limitant sa proposition, indique nettement qu'il n'avait en vue que l'*exercice,* quant aux biens communs, des facultés ou actions inhérentes au droit de propriété, et qu'il n'a pas entendu, le moins du monde, décider, entre le mari et la femme, la question de la *propriété* de ces biens. L'opinion que Toullier et MM. Championnière et Rigaud prêtent à Dumoulin et à Pothier, serait d'ailleurs en complète opposition avec le sentiment de tous les autres commentateurs des coutumes. «Si le mari, dit Laurière (*Coutume de Paris, commentaire sur le titre X,* art. 225), est seigneur des meubles et des conquêts immeubles, *il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement;* et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration, en qualité de chef de la communauté.» Voy. aussi : Ferrière, *Compilation de tous les commentaires sur la coutume de Paris,* art. 225, glose 1re, n° 1. Quoi qu'il en soit, la thèse que nous combattons paraît absolument incompatible avec les textes et l'esprit du Code civil, qui a singulièrement restreint le pouvoir du mari, quant à la faculté de disposer, à titre gratuit, des biens communs. Elle est repoussée par ces locutions, *la communauté commence au jour du mariage, la communauté se compose activement et passivement, etc.,* et surtout par ces termes de l'art. 1492, *la femme qui renonce,* PERD *toute espèce de droit sur les biens de la communauté.* Au fond, on ne comprendrait point, si la femme n'était pas, pendant le mariage, copropriétaire actuelle des biens communs, que les engagements contractés par elle, avec la simple autorisation du mari, pussent lier la communauté, même au cas où elle y renoncerait. Cpr. art. 1419. Battur, I, 64. Duranton, XIV, 96. Rodière et Pont, I, 326 et suiv. Odier, I, 206 à 208. Marcadé, sur l'art. 1399, n° 5. Troplong, II, 854 et suiv. Zachariæ, § 505, note 1re, *in fine.*

[5] Voy. § 517, note 1re.

D'un autre côté, la nouvelle coutume de Paris (art. 218) et quelques autres coutumes, consacrant la doctrine émise par un arrêt solennel du Parlement de Paris, du 14 août 1567, accordèrent aux femmes communes en biens, un bénéfice analogue à celui d'inventaire en matière de successions, et d'après lequel la femme ou ses héritiers ne pouvaient, malgré l'acceptation de la communauté, être recherchés pour les dettes contractées par le mari, que «jusqu'à concurrence de ce qu'ils amendaient dans la communauté, pourvu qu'après le décès de l'un des conjoints, il eût été fait bon et loyal inventaire, et qu'il n'y eût eu ni fraude ni faute de leur part.»

Les rédacteurs du Code civil, sans reproduire textuellement la maxime *Le mari est seigneur et maître de la communauté*, ont de fait adopté les idées dont elle était l'expression, puisqu'ils ont maintenu le double bénéfice accordé par le Droit coutumier à la femme. Toutefois, ils ont apporté de notables restrictions au pouvoir du mari de disposer, à titre gratuit, des biens communs.

Quoique la communauté s'établisse de plein droit par le mariage, lorsque les époux n'ont pas expressément réglé leurs conventions matrimoniales, elle ne doit cependant pas être considérée comme dérivant directement de la loi, mais bien comme résultant d'une convention tacite des parties, qui, à défaut de stipulations expresses, sont légalement présumées avoir voulu adopter le régime de la communauté légale.

§ 506.

Des mariages à la suite desquels s'établit la communauté légale. — De l'époque où elle commence.

La communauté légale s'établit à la suite de tout mariage célébré sans contrat préalable, lorsque les conjoints sont censés s'être soumis, sous ce rapport, à l'application de la loi française [1].

En règle, la communauté légale ne s'établit qu'à la suite de mariages valables. Lors donc qu'un mariage a été annulé, la société de fait à laquelle il a donné lieu se liquide, en ce qui concerne les rapports respectifs des époux, non d'après les dispositions qui

[1] Voy. pour le développement de cette proposition, le § 504 *bis*.

régissent la communauté légale, mais suivant les principes ordinaires des sociétés [2].

Cette règle reçoit toutefois exception, lorsque le mariage annulé a été contracté de bonne foi, par les deux époux, ou par l'un d'eux [3].

D'un autre côté, l'annulation d'un mariage, même contracté de mauvaise foi par les deux époux, semble ne devoir porter aucune atteinte aux droits que des tiers auraient acquis, par suite de conventions passées avec ces derniers, ou avec le mari comme chef apparent d'une communauté légale.

La communauté commence du jour de la célébration du mariage. Toute stipulation ayant pour objet d'en fixer le commencement à une autre époque, est nulle [4]. Art. 1390.

§ 507.

De l'actif de la communauté.

D'après l'art. 1401, la communauté se compose activement, sauf les exceptions qui seront ultérieurement indiquées :

1° De tout le mobilier présent et futur des époux ;

2° Des fruits, revenus, intérêts et arrérages de leurs biens propres ;

3° Des conquêts immeubles.

1° *Du mobilier présent et futur des époux.*

Tous les objets mobiliers, corporels ou incorporels [1], que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, et tous ceux qu'ils acquièrent ou qui leur échoient pendant le mariage,

[2] Cpr. Battur, I, 81 ; Bellot des Minières, II, p. 66 ; Odier, I, 38 et 39 ; Troplong, I, 337.

[3] Voy. à cet égard : art. 201 et 202 ; § 460.

[4] Les futurs conjoints peuvent-ils subordonner l'existence même de la communauté à une condition suspensive ou résolutoire ? Voy. § 504, texte n° 2 et note 9.

[1] Voy. pour l'énumération des objets, corporels ou incorporels, qui rentrent dans la catégorie des meubles, la théorie de la distinction des biens.

à quelque titre que ce soit, même par succession ou par donation, font, en général, partie de l'actif de la communauté [2].

La communauté comprend donc tous les meubles corporels, de quelque valeur qu'ils soient, ceux-là mêmes qui seraient destinés à l'usage particulier de l'un ou de l'autre des époux [3].

D'un autre côté, elle comprend, en principe, tous les droits personnels et mobiliers et toutes les créances, dont les époux se trouvent investis au jour de la célébration du mariage, quelle qu'en soit la nature [4], ou l'origine, et notamment : le capital ou le fonds des rentes perpétuelles ou viagères, constituées au profit de l'un des époux [5];

[2] Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas posé cette règle dans des termes aussi explicites. Après avoir dit, art. 1401, n° 1, que la communauté se compose de *tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage*, ils se sont bornés à ajouter, *ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation*. Mais, par cela même qu'ils ont fait entrer dans la communauté les successions et donations mobilières, ils ont manifesté, d'une manière non équivoque, l'intention d'y comprendre *a fortiori* tout le mobilier que les époux pourraient acquérir à un titre quelconque, notamment par occupation, ou par accession. Il ressort d'ailleurs de la discussion au Conseil d'État, que l'on a entendu reproduire la disposition de la coutume de Paris, d'après laquelle tout le patrimoine mobilier des époux faisait partie de la communauté. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 180 et suiv., n° 5. Pothier, n° 26. Toullier, XII, 93. Duranton, XIV, 103 et 106. Battur, I, 152 et suiv. Bugnet, sur Pothier, n° 26. Rodière et Pont, I, 436. Odier, I. 72. Zachariæ, § 505, texte. notes 3 et 4. — Les observations précédentes s'appliquent notamment à la moitié du trésor, attribuée *jure inventionis* à l'époux qui l'a découvert, soit dans le fonds d'autrui, soit même dans le sien propre. Cpr. note 28 *infra*.

[3] Arg. art. 1492. Ce n'est qu'en vertu d'une exception de faveur, que la femme qui renonce à la communauté, est admise à retirer les linges et hardes à son usage ; et cette exception n'est pas, en principe, susceptible d'extension. Toutefois, des raisons de convenance ont fait admettre, dans la pratique, que le survivant des époux est, en cas de partage de la communauté, autorisé à conserver, sans indemnité envers celle-ci, certains objets plus spécialement affectés à son usage personnel. Cpr. Troplong, I, 447 à 450.

[4] Voy. sur les droits résultant d'obligations de faire : § 165, texte n° 2 ; et sur ceux résultant d'obligations alternatives ou facultatives : § 300.

[5] Toullier (XII, 110) et Zachariæ (§ 507, texte et note 13) sont d'avis contraire, en ce qui concerne les rentes viagères. Mais leur opinion est en contradiction manifeste avec les art. 529, al. 2, et 1401, n° 1. D'ailleurs, les rentes viagères étant en général cessibles, on ne voit pas pourquoi, en l'absence de stipulation contraire, elles ne tomberaient pas dans la communauté, comme toutes

le droit de jouissance résultant de baux d'immeubles [6]; le prix ou la soulte d'immeubles aliénés ou partagés antérieurement au mariage [7]; et l'action ou reprise pour récompenses ou indemnités, que l'un des époux peut avoir à exercer dans une précédente communauté [8].

Elle comprend de même, en principe, et sauf les exceptions qui seront indiquées plus bas, tous les droits personnels et mobiliers et toutes les créances que les époux ou l'un d'eux acquerront pendant le mariage, ou qui leur adviendront à un titre quelconque; et, spécialement, les rentes viagères acquises des deniers de la communauté, ou même des deniers propres à l'un des époux, peu importe qu'elles aient été constituées sur la tête des deux époux, ou sur celle de l'un d'eux seulement, et qu'elles aient été, ou non, stipulées réversibles au profit du survivant [9].

autres créances. Demante, *Thémis*, VIII, p. 177 à 179. Battur, I, 166. Bellot des Minières, I, p. 119. Duranton XIV, 125. Rodière et Pont, I, 423. Marcadé, sur l'art. 1401, n° 3. Troplong, I, 407. Odier, I, 51. Taulier, V, p. 45. Req. rej., 30 avril 1862, Sir., 62, 1, 1036.

6 Cela ne saurait souffrir difficulté, si on admet, comme nous l'avons établi au § 365, texte n° 3, et note 7, que le droit de jouissance du preneur ne constitue qu'un droit personnel. M. Troplong (I, 440) le reconnaît lui-même; et s'il combat la proposition émise au texte, ce n'est que parce que, selon sa manière de voir, le Code Napoléon aurait imprimé à la jouissance du preneur, le caractère de droit réel.

7 Toullier, XII, 104. Duranton, XIV, 112. Rodière et Pont, I, 328 et 330. Troplong, I, 363. — Il en serait cependant autrement, au cas où un immeuble aurait été vendu dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. L'aliénation d'un immeuble faite dans de pareilles circonstances apporterait un changement notable aux conventions matrimoniales, en altérant les effets qu'elles devaient produire d'après la nature des biens que possédaient les époux. L'espèce d'ameublissement qui en résulterait, doit donc rester sans effet. Art. 1395, et arg. art. 1404, al. 2. Pothier, n° 603. Delvincourt, sur l'art. 1404. Duranton, XIV, 184. Battur, I, 174. Bellot des Minières, I, p. 170 à 175. Troplong, I, 364. Colmar, 27 février 1866, Sir., 66, 2, 227. Voy. en sens contraire: Toullier, XII, 171; Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n° 1; Rodière et Pont, I, 371; Odier, I, 77; Zachariæ, § 507, note 23.

8 Cpr. § 511, texte n° 3.

9 On reconnaît généralement qu'une rente viagère, quoique constituée sur la tête de l'un des époux seulement, et sans stipulation de réversibilité au profit du survivant, tombe dans la communauté, et qu'ainsi les arrérages en sont partageables entre l'époux survivant, sur la tête duquel elle a été constituée, et les héritiers du prémourant. Rodière et Pont, I, 371. Troplong, II, 868. Rennes,

Ces différents droits et créances tombent dans la communauté, alors même que l'acquisition en est subordonnée à une condition non encore accomplie [10].

Enfin, la communauté comprend les droits réels mobiliers, et en particulier : les droits d'usufruit mobilier, constitués avant ou pendant le mariage; la propriété des compositions littéraires ou scientifiques, des œuvres d'art ou des inventions, exécutées ou faites avant ou pendant le mariage [11]; la valeur vénale d'un office

16 juin 1841, Sir., 41, 2, 553. Mais la question fait difficulté, lorsque la rente a été stipulée réversible au profit du survivant. Selon M. Troplong (II, 1200, et *Contrats aléatoires*, n° 254), la rente appartiendrait en totalité, dans ce cas, au survivant ; et cela, même sans récompense aucune à la communauté, qui en aurait fourni la valeur. D'après une autre opinion, que nous avions adoptée dans notre précédente édition, la rente appartiendrait bien au survivant, mais à charge de récompense à la communauté. Un nouvel examen de la question, nous porte à décider que, malgré la stipulation de réversibilité, la rente constitue un conquêt de communauté, dont l'émolument sera, le cas échéant, partageable entre l'époux survivant et les héritiers du prémourant. Il ne saurait, en effet, dépendre des époux, en dehors des conditions prescrites pour le remploi, de créer des propres au profit de l'un d'eux ; et il n'y a aucune raison de distinguer, à cet égard, entre l'acquisition d'une rente viagère et celle d'un immeuble. Toute convention, expresse ou tacite, qui aboutirait à un pareil résultat, serait nulle, soit comme tendant à modifier les effets légaux du régime de communauté, soit comme constituant une donation mutuelle, faite entre conjoints par le même acte (art. 1097). Voy. en ce sens : Pothier, *Constitution de rente*, n° 242.

[10] Rodière et Pont, I, 366. Troplong, I, 365.

[11] Toullier (XII, 116), Battur (I, 188) et Zachariæ (§ 507, texte et note 11) avaient enseigné, en se fondant sur l'art. 39 du décret du 5 février 1810, que la propriété d'un ouvrage littéraire ou scientifique ne tombait pas dans la communauté, sans une stipulation expresse du contrat de mariage. Ils admettaient bien que la communauté profitait du produit des éditions faites avant ou pendant le mariage, et même du prix de cession de la propriété de l'ouvrage, si la cession en avait eu lieu avant la dissolution de la communauté ; mais ils soutenaient que, dans le cas contraire, l'époux, auteur de l'ouvrage, ou ses héritiers en conservaient la propriété, à l'exclusiou de l'autre époux. La conclusion qu'ils tiraient de la disposition de l'art. 39 du décret ci-dessus cité, était évidemment erronée. Ce décret, dont l'objet n'était pas de régler les droits respectifs des époux relativement aux ouvrages composés par l'un d'eux, avait laissé indécise la question, qui devait dès lors être décidée d'après le principe général posé par l'art. 1401. Il y avait d'ailleurs inconséquence dans le système de ces auteurs, en ce que, tout en soutenant que la propriété d'un ouvrage littéraire ou scientifique n'entrait point dans la communauté, ils y faisaient cependant tomber, sans

dont le mari était titulaire au moment de la célébration, ou dont il a été pourvu depuis, moyennant finance ou gratuitement [12]; la part entière de l'un ou de l'autre des époux dans une succession, une communauté de biens, une société civile, ou une association en participation, quand l'actif se compose exclusivement de meubles, et la portion mobilière de cette part, lorsque l'actif se compose de meubles et d'immeubles [13]; l'action entière ou l'intérêt intégral de l'un des époux dans une société commerciale, déjà existante au moment de la célébration, ou formée durant le mariage, et ce, alors même que l'actif social comprendrait des immeubles [14];

récompense au profit de l'époux, auteur de l'ouvrage, le prix pour lequel ce dernier aurait, pendant le mariage, cédé son droit de propriété. Duranton, XIV, 131. Rodière et Pont, I, 442. Marcadé, sur l'art. 1403, n° 5. Odier, I, 82. Troplong, I, 433. La loi du 14 juillet 1866 qui, dans son art. 1er, réserve formellement au conjoint survivant, à côté de la simple jouissance qu'elle lui assure, *les droits qui peuvent résulter en sa faveur du régime de la communauté*, ne laisse plus place à la controverse.

[12] Toullier, XII, 112. Duranton, XIV, 130. Battur, I, 186. Rodière et Pont, I, 446 et suiv. Odier, I, 83. Troplong, I, 418 et 419. — Nous disons *la valeur vénale*, car le titre même de l'office ne tombe point dans la communauté. Si donc, au moment du décès de la femme, le mari se trouve encore pourvu d'un office, les héritiers de cette dernière ne sont pas en droit de le contraindre à s'en démettre : ils peuvent seulement exiger qu'il leur fasse état de la moitié de la valeur estimative de l'office à l'époque de la dissolution de la communauté. Marcadé, sur l'art. 1401, n° 5. Rodière et Pont, *loc. cit.* Douai, 15 novembre 1833, Sir., 34, 2, 189. Agen, 2 décembre 1836, Sir., 37, 2, 309. Paris, 23 juillet 1840, Sir., 40, 2, 401. Paris, 6 avril 1843, Sir., 43, 2, 172. Paris, 21 avril 1857, Sir., 57, 2, 249. Riom, 28 mars, 1859, Sir., 60, 2, 30. Douai, 14 février 1863, Sir., 64, 2, 109.

[13] La première partie de cette proposition n'a jamais été contestée. La seconde est aussi généralement admise; mais elle soulève, dans l'application, une grave difficulté, sur la solution de laquelle nous sommes en opposition avec la doctrine et la jurisprudence. A notre avis, ce n'est pas, d'après le résultat du partage, mais bien d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles composant l'actif de l'hérédité, de la communauté, ou de la société, que doit se déterminer la portion mobilière de la part afférente à l'époux héritier, communiste, ou associé. Voy. sur cette question, les développements donnés au § 625, texte n° 2.

[14] Art. 529. Cpr. Toullier, XII, 97 à 100; Battur, n° 176; Rodière et Pont, I, 339 à 344; Odier, I, 79. — Toullier (XII, 97) enseigne cependant que si la société venait à se dissoudre pendant le mariage, et que des immeubles échussent en partage à l'époux sociétaire, ces immeubles n'entreraient point en commu-

les bénéfices résultant d'entreprises ou d'opérations formées ou exécutées, soit avant, soit pendant le mariage [15]; enfin, la valeur de l'achalandage ou de la clientèle attachée à un fonds de commerce ou d'industrie [16].

La règle d'après laquelle le mobilier présent et futur des époux entre dans la communauté, souffre exception en ce qui concerne :

a. Les traitements, dotations, pensions, ou rentes, que la loi déclare incessibles et insaisissables, spécialement, les traitements de réforme ou pensions de retraite [17], les pensions ou rentes constituées à titre d'aliments, par un tiers, au profit de l'un des époux [18],

nauté. Mais cette opinion n'est pas admissible : la communauté ayant été substituée à l'époux sociétaire, quant à l'émolument de sa part sociale, c'est avec elle que se fait la liquidation et le partage de la société, et c'est à son profit que se réalise l'expectative de copropriété immobilière qui se trouvait attachée à cette part. Voy. en ce sens : Demante, *Thémis*, VIII, p. 179 à 181 ; Duranton, IV, 127, et XIV, 122 ; Rodière et Pont, I, 408. Demolombe, IX, 421. — Zachariæ, qui, dans sa troisième édition (§ 171, texte et note 13), avait adopté le sentiment de Toullier, s'est, dans sa quatrième édition (§ 170, texte et note 13), rallié à notre opinion.

15 Il en est ainsi, même des bénéfices réalisés seulement depuis la dissolution de la communauté, lorsqu'ils forment une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant cette dissolution. Arg. art. 1868. Req. rej., 19 novembre 1851, Sir., 51, 1, 32.

16 Rodière et Pont, I, 452. Odier, I, 83. Troplong, 1, 414. Paris, 22 mars 1834, Sir., 34, 2, 190. Metz, 3 juin 1841, Sir., 42, 1, 899.

17 Cpr. § 359, texte et note 13. Duranton, XIV, 136. Rodière et Pont, I. 423. Odier, I, 81. Troplong, I, 409 et 410. Zachariæ, § 507, texte et note 11 *bis*. Civ. cass., 5 février 1830, Sir., 30, 1, 136.

18 L'opinion contraire est professée par MM. Rodière et Pont (I, 423 et 424), Odier (I, 88), et Troplong (I, 411), qui se fondent sur ce que les pensions alimentaires, constituées à titre gratuit, bien que déclarées insaisissables par l'art. 581 du Code de procédure, ne sont pas, par cela seul, incessibles ; mais nous croyons avoir suffisamment réfuté cette manière de voir à la note 18 du § 359. Nous nous bornerons à ajouter qu'il serait étrange que l'époux, donataire ou légataire d'une pension alimentaire, pût, après le décès de son conjoint, être obligé de partager les arrérages ultérieurs de cette pension avec des héritiers, peut-être fort éloignés, de ce dernier. Un pareil résultat ne serait-il pas évidemment contraire à l'intention de l'auteur de la libéralité, et au but dans lequel il l'a faite? Zachariæ, § 507, texte et note 13.

les rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieillesse [19].

b. Les objets mobiliers donnés ou légués à l'un des époux, avant ou pendant le mariage, sous la condition qu'ils n'entreront point en communauté [20]. Art. 1401, n° 1, *in fine* [21].

c. Les choses ou valeurs mobilières substituées, pendant le mariage, aux propres de l'un des conjoints [22]. Dans cette catégorie

19 Bien que ces rentes ne soient incessibles et insaisissables que jusqu'à concurrence de 360 fr., elles sont cependant propres pour le tout. Loi des 8 mars, 13 et 18 juin 1850, art. 4, al. 3 et 4, art. 5, al. 3.

20 Cette condition serait-elle efficace, même quant à la réserve à laquelle l'époux, donataire ou légataire, aurait droit sur les biens du donateur au testateur? Toullier (XII, 114), Duranton (XIV, 35), Bugnet (sur Pothier, VII, p. 125, à la note), et Zachariæ (§ 507, note 12), professent l'affirmative. Mais la négative est enseignée par Delvincourt (III, p. 238); et son opinion a été adoptée par Marcadé (sur l'art. 1408, n° 8, 3), par M. Glandaz (*Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 24), et par MM. Rodière et Pont (I, 545), pour le cas du moins où l'époux réservataire accepte la succession du donateur ou testateur. A notre avis, la condition dont s'agit serait valable, si elle avait été apposée à une donation faite par contrat de mariage. Mais elle devrait rester sans effet, si elle avait été attachée à une donation faite pendant le mariage, et surtout si elle l'avait été à un legs. Un pareil mode de disposer ouvrirait la porte à des fraudes nombreuses, en permettant aux parents de l'un des époux de modifier, au préjudice de l'autre, les résultats éventuels des conventions matrimoniales, sur lesquels ce dernier était autorisé à compter. Cette considération est tellement grave, qu'elle nous porte à penser que la condition resterait inefficace, même au cas de renonciation, jusqu'à concurrence de la part que l'époux, donataire ou légataire, aurait prise dans la réserve, s'il avait accepté la succession du donateur ou testateur. Cpr. Marcadé, *loc. cit.*

21 Cette disposition conduit même à reconnaître que le donateur ou le testateur pourrait valablement apposer à sa libéralité, la condition que la femme, donataire ou légataire, touchera sur ses seules quittances, et sans avoir besoin de l'autorisation de son mari, les revenus des biens donnés ou légués. Toullier, XII, 142. Duranton, XIV, 150. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 283 et suiv. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, p. 23. Bugnet, sur Pothier, VII, p. 256. Odier, I. 268. Rodière et Pont, I, 594. Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n° 3, à la note. Troplong, I, 68. Zachariæ, § 507, note 12, *in fine*. Paris, 27 janvier et 27 août 1835, Sir., 35, 2, 65 et 518. Nîmes, 18 juin 1840, Sir., 41, 2, 11. Toulouse, 20 août 1840, Sir., 41, 2, 114. Req. rej., 9 mai 1842, Sir., 42, 1, 513. Paris, 5 mars 1846, Sir., 46, 2, 149. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 13; Bellot des Minières, I, p. 300.

22 Les exceptions indiquées sous les lettres *c* et *d* sont fondées sur le principe, que la communauté ne doit pas être avantagée aux dépens des propres de l'un des conjoints. Art. 1433 et 1493.

rentrent notamment : les créances provenant de la vente ou du partage d'immeubles propres, aliénés ou partagés durant le mariage [23] ; le supplément du juste prix offert, sur action en rescision pour cause de lésion, par l'acquéreur d'un immeuble appartenant à l'un des conjoints, peu importe que cet immeuble ait été vendu avant ou pendant le mariage [24] ; l'action ou restitution du prix, au moyen duquel l'un des époux avait, avant le mariage, acheté un immeuble, qu'il délaisse durant le mariage, par suite d'une action en rescision pour cause de lésion [25] ; enfin, l'indemnité due par une compagnie d'assurance, pour sinistre arrivé à un bâtiment propre à l'un des conjoints [26].

d. Les objets mobiliers, autres que les fruits, qui, durant le mariage, sont tirés d'un immeuble propre à l'un des époux, ou qui lui sont attribués en sa qualité de propriétaire d'un pareil immeuble. Tels sont, par exemple, les matériaux provenant de la démolition d'un bâtiment, les coupes de bois faites en dehors d'un aménagement régulier, les produits des mines et carrières ouvertes

23 Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8, 2°. Rodière et Pont, I, 539. Troplong, I, 444. Voy. encore dans ce sens, les nombreuses autorités citées à la note 20 du § 625. — Zachariæ (§ 507, note 14) restreint à tort, pour les soultes de partage, la proposition émise au texte au cas où il s'agit d'une succession ouverte seulement depuis le mariage : c'est la date du partage, et non celle de l'ouverture de la succession, qui doit être prise ici en considération.

24 Le supplément de prix, que l'acquéreur a la faculté d'offrir pour se dispenser de l'obligation de rendre l'immeuble, dont la restitution forme la fin directe de l'action en rescision, représente réellement une partie proportionnelle de cet immeuble. Pothier, n° 598. Toullier, XII, 186 à 188. Duranton, XIV, 114. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8 *bis*, 2°. Odier, I, 89. Rodière et Pont, I, 541. Zachariæ, § 507, texte et note 19 *bis*.

25 Toullier, XII, 189. Bugnet, sur Pothier, n° 160. Rodière et Pont, I, 520 et 542. Troplong, I, 445.

26 Si une pareille indemnité ne revêt pas un caractère immobilier, et n'est pas subrogée à l'immeuble incendié, en ce qui concerne les droits respectifs des divers créanciers du propriétaire, et si, d'un autre côté, elle n'est pas sujette au rapport à succession, comme eût pu l'être l'immeuble lui-même, il n'en est pas moins certain que, quant aux relations des époux entre eux, elle est la représentation de cet immeuble. D'ailleurs, le contrat d'assurance n'a pu être passé qu'au nom de l'époux propriétaire de l'immeuble assuré, et dans l'intérêt de la conservation de cet immeuble comme propre. Bordeaux, 19 mars 1857, Sir., 57, 2, 534.

pendant le mariage[27], enfin, la moitié du trésor attribuée *jure soli* à l'époux propriétaire du fonds dans lequel il a été découvert[28].

Les objets mobiliers qui, d'après ce qui précède, se trouvent exceptionnellement exclus de la communauté, forment, en principe, pour l'époux auquel ils sont réservés, de véritables propres, en ce sens que cet époux en conserve la propriété, et que son

27 Voy. sur ces deux points : Art. 1403, al. 1, cbn. 591 et 592; art. 1403, al. 3, cbn. 598; texte n° 2, et note 35 *infra*.

28 Trois systèmes se sont produits au sujet des droits de la communauté sur le trésor découvert par l'un des époux dans un fonds à lui appartenant. Suivant le premier, la totalité du trésor resterait propre à l'époux inventeur. Voy. en ce sens: Toullier, XII, 129; Bellot des Minières, I, p. 151; Battur, I, 161; Taulier, V, p. 53. Cette manière de voir ne nous paraît pas admissible, par la raison que la moitié du trésor qui revient à l'époux *jure inventionis,* constitue bien certainement un acquêt mobilier. Cpr. note 2 *supra*. Le second système fait tomber dans la communauté la totalité du trésor. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Communauté, § 2, n° 4; Bugnet, sur Pothier, VII, p. 93, note 2; Odier, I, 86; Rodière et Pont, I, 454; Troplong, I, 417; Demolombe, XIII, 44 et 45; Zachariæ, § 507, texte et note 6. Ces auteurs prétendent que, si le trésor n'est pas un fruit du fonds dans lequel on l'a trouvé, il n'en est pas moins un meuble, et doit par conséquent tomber dans la communauté, comme acquêt mobilier. Ils repoussent toute assimilation du trésor aux produits des coupes extraordinaires ou des mines et carrières ouvertes durant le mariage, en disant que le trésor n'est pas un produit du fonds dans lequel il a été découvert, et que ce fonds ne subit aucune diminution de valeur, lorsqu'il en est retiré. Mais ces raisons ne nous semblent pas décisives; et nous regardons comme préférable le troisième système, qui ne fait tomber dans la communauté que la moitié du trésor, attribuée à l'époux en sa qualité d'inventeur, en lui réservant propre l'autre moitié, à laquelle il a droit comme propriétaire du fonds. En effet, si cette moitié ne forme, matériellement parlant, ni un produit, ni une partie intégrante du fonds dans lequel le trésor a été trouvé, on ne peut cependant méconnaître qu'elle ne constitue un émolument attaché à la propriété. De quelque manière donc qu'on envisage le droit du propriétaire du fonds à la moitié du trésor qui lui est attribuée, il est difficile de ne pas y voir une sorte de droit d'accession; et la découverte du trésor, qui n'est pas la cause génératrice de ce droit, mais simplement l'occasion de son exercice, ne doit pas, par cela seul qu'elle a lieu pendant le mariage, avoir pour résultat d'en faite perdre le bénéfice à l'époux propriétaire. Voy. en ce sens : Chopin, *Sur la coutume de Paris,* liv. I, tit. I, n° 30; Pothier, n° 98; Delvincourt, III, p. 12; Duranton, XIV, 133; Demante, *Thémis*, VIII, p. 181 à 187; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 47; Marcadé, sur l'art. 716, n° 2, et sur l'art. 1403, n° 5.

droit ne se réduit pas à une simple créance en reprise de leur valeur [29].

Il en résulte, d'une part, que ces objets demeurent aux risques et périls de l'époux propriétaire ; et, d'autre part, que les créanciers de la communauté ne peuvent pas frapper de saisie ceux de ces objets dont la femme est restée propriétaire [30].

Le principe qui vient d'être posé, reçoit cependant exception quant aux objets mobiliers dont on ne peut faire usage sans les consommer, ou qui, de leur nature, sont destinés à être vendus, en ce sens que ces objets tombent, pour la propriété, dans la communauté, et ne donnent lieu, en faveur de l'époux dont ils proviennent, qu'à une action en reprise de leur valeur.

Du reste, tous les objets mobiliers possédés par les époux sont, à moins de preuve contraire, présumés faire partie de la communauté [31]. Cette preuve est régie, quant aux objets mobiliers donnés ou légués à l'un des époux sous la condition qu'ils lui resteront propres, par les règles relatives aux meubles exclus de la communauté en vertu d'une clause de réalisation, et en ce qui concerne les autres objets mobiliers dont il a été précédemment question, par les principes du Droit commun.

2° *Des fruits des biens propres des époux* [32].

La communauté comprend tous les fruits, naturels ou civils, des

[29] Zachariæ, § 511, note 13, *in medio*. Nancy, 20 août 1827, Sir., 28, 2, 39. Bourges, 6 août 1834, Sir., 34, 2, 530. Cpr. à ce sujet, les développements donnés aux §§ 522 et 523, sur la clause de communauté réduite aux acquêts, et sur la clause de réalisation.

[30] C'est ainsi qu'ils ne peuvent pas saisir-arrêter le prix encore dû d'immeubles propres à la femme, vendus pendant le mariage. Nancy, 20 août 1827, Sir., 28, 2, 39. Nancy, 7 février 1840, Sir., 40, 2, 484. Besançon, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 446.

[31] Art. 1401 et arg. art. 1402. Cpr. Civ. cass., 22 mars 1853, Sir., 53, 1, 467; Paris, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 209.

[32] La disposition du n° 2 de l'art. 1401, qui fait tomber dans la communauté les fruits des biens propres des époux, peut au premier abord sembler inutile, en présence du n° 1 du même article, qui y fait déjà entrer tout leur mobilier. Mais cette disposition s'explique, quand on se rappelle que la règle qui fait tomber dans la communauté le mobilier présent et futur des époux, souffre précisément exception en ce qui concerne les meubles provenant, durant le mariage,

biens propres des époux[33], échus ou perçus pendant le mariage[34].

Les droits et les obligations attachés à cette jouissance se déterminent, en général, d'après les règles relatives à l'usufruit ordinaire. Ainsi, la communauté n'a droit aux coupes de bois et aux produits des mines et carrières, que sous les mêmes conditions et dans les mêmes limites, qu'un usufruitier ordinaire[35]. Si donc des coupes de futaies étaient faites en dehors de tout aménagement, ou si des mines et carrières étaient ouvertes pendant le mariage, la communauté, dans l'actif de laquelle les produits en tomberaient, comme objets destinés à être vendus, devrait récompense de leur valeur nette à l'époux propriétaire du fonds. Art. 1403, al. 1 et 3, et arg. de cet article.

Les règles générales sur l'usufruit sont modifiées, en ce qui concerne l'usufruit de la communauté, par le principe que les époux personnellement ne doivent pas s'enrichir au préjudice de la communauté.

des propres de l'un d'eux. Il était donc nécessaire d'exprimer, d'une manière formelle, l'idée que les fruits des biens propres des époux tombent dans la communauté en cette qualité, et non point par la raison seule qu'ils sont de nature mobilière. Cette disposition spéciale se justifie par la considération que les fruits sont destinés à subvenir aux charges du mariage. Pothier, n° 204. Duranton, XIV, 143. Rodière et Pont, I, 461. Troplong, I, 452.

[33] Cpr. sur les diverses espèces de fruits, et sur l'époque à laquelle ils sont réputés perçus : § 195.

[34] Les explications données à la note 32 *supra* prouvent, jusqu'à l'évidence, qu'en parlant des fruits échus et perçus pendant le mariage, le législateur n'a pas entendu exclure de la communauté, les fruits échus ou perçus antérieurement. Ces fruits tombent dans la communauté en leur qualité de meubles, comme tous autres objets mobiliers, qui, dès avant le mariage, auraient été tirés des immeubles des époux ou substitués à ces immeubles. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 6. Rodière et Pont, I, 460.

[35] Art. 1403, al. 1, art. 1409, n° 4, et arg. de ces articles. Toullier, XII, 121 et suiv. Duranton, XIV, 146. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 486 et suiv. Zachariæ, § 507, texte et note 5. — Cpr. Lyon, 7 décembre 1866, Sir., 67, 2, 6. Cet arrêt assimile aux produits d'une mine, les annuités de la redevance due à l'époux, propriétaire d'un immeuble compris dans le périmètre de la concession, et les attribue à cet époux ou à la communauté, selon que le tréfonds de l'immeuble n'a été attaqué que depuis le mariage, ou qu'il l'avait déjà été antérieurement. Cpr. art. 6 et 18 de la loi du 21 avril 1810, et § 165, note 15.

Il résulte de ce principe que, si la communauté n'avait pas perçu des fruits qu'elle était en droit de percevoir sur un fonds appartenant à l'un des époux, que si, par exemple, des coupes de bois qui auraient pu être faites, ne l'avaient point été, l'époux propriétaire du fonds en devrait récompense à la communauté. Art. 1403, al. 2, et arg. de cet article. Il en résulte encore, que la communauté a droit à récompense pour les frais de semences et de labours des fonds propres aux époux, lorsqu'à sa dissolution, ils les reprennent ensemencés [36]. Enfin, il suit de ce principe, qu'il est dû récompense à la communauté, à raison des améliorations faites aux biens propres des époux, et notamment à raison des sommes déboursées pour l'ouverture d'une carrière ou d'une mine sur un fonds appartenant à l'un d'eux, lorsque ce fonds a augmenté de valeur par suite de ces travaux [37]. Art. 1403, al. 3.

Du reste, les d spositions des art. 600 et 601 sont, par la nature même des choses, étrangères à l'usufruit de la communauté.

3° *Des conquêts immeubles.*

a. On doit, en général, et sauf les exceptions qui seront indiquées sous la lettre *c* ci-après, considérer comme conquêts : d'une

[36] Sous ce rapport, l'art. 585 n'est pas applicable à l'usufruit de la communauté. Toullier, XII, 124. Duranton, XIV, 152. Proudhon, *De l'usufruit,* V, 2685 et 2686. Demante, *Thémis,* VIII, p. 181. Battur, I, 194. Bellot des Minières, I, p. 138 et suiv. Marcadé, *loc. cit.* Odier, I, 95 et 96. Rodière et Pont, I, 475. Troplong, I, 467. Zachariæ, § 507, note 5, *in fine,* et § 511, note 28, *in fine.* Rennes, 26 janvier 1828, Sir , 30, 2, 207. Douai, 20 décembre 1848, Sir., 49, 2, 544. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 14; Bugnet, sur Pothier, n° 213, à la note; Taulier, V, p. 149. — Sous le régime de la communauté légale, la question inverse de savoir, si la communauté doit ou non récompense aux époux pour les frais de semences et de labours par eux déboursés antérieurement au mariage, ne peut pas se présenter, puisque ces frais ont été couverts avec des valeurs qui seraient tombées dans la communauté. Mais la question offre un intérêt réel sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Cpr. § 522, note 21.

[37] Si la communauté avait profité des produits des mines et carrières ouvertes pendant le mariage, la récompense qui serait due à l'époux propriétaire, et celle que cet époux devrait lui-même à la communauté pour augmentation de la valeur de son fonds, se compenseraient jusqu'à due concurrence. Cpr. texte et note 27 *supra.* Duranton, XIV, 147. Taulier, V, p. 50. Troplong, II, 562. Rodière et Pont, I, 494.

part, les immeubles acquis, pendant le mariage, à titre onéreux, soit par les époux ensemble, soit par l'un d'eux séparément ; et, d'autre part, les immeubles donnés ou légués, pendant le mariage, aux deux époux conjointement [38].

[38] Toullier, XII, 135. Bellot des Minières, I, p. 177. Odier, I, 125. Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n° 3. Zachariæ, § 507, texte et note 24. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 19 ; Battur, I, 282 ; Duranton, XIV, 189 ; Glandaz, *op. et v° citt.*, n° 103 ; Bugnet, sur Pothier, n° 170 ; Rodière et Pont, I, 591. Taulier, V, p. 59 et 60 ; Troplong, I, 614 ; Toulouse, 23 août 1827, Sir., 28, 2, 211. Ces derniers auteurs enseignent que les immeubles donnés, pendant le mariage, aux deux époux conjointement, même par un étranger, ne tombent pas dans la communauté, à moins que le donateur ne l'ait expressément ordonné. Cette opinion est, à notre avis, en opposition formelle avec l'art. 1405. L'argument *a contrario* qui résulte de cet article, est parfaitement concluant, puisque la disposition qu'il renferme est exceptionnelle, et qu'il s'agit d'un retour à la règle générale. En effet, aux termes du n° 3 de l'art. 1401, *tous* les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, et l'art. 1404, al. 1, ne modifie cette disposition que relativement aux biens qui échoient à l'un des époux par succession, laissant ainsi, sous l'empire de la règle générale, les biens provenants de donations. A la vérité, les termes de l'art. 1402 *ou qu'il lui est échu depuis à titre de donation*, paraissent exclure de la communauté tous les immeubles donnés indistinctement. Mais cet article, simplement énonciatif en ce qui touche la désignation des immeubles exclus de la communauté, se réfère nécessairement aux art. 1404 et 1405, dont l'objet est d'indiquer, d'une manière dispositive, quels sont les immeubles qui n'entrent pas en communauté. L'art. 1402 doit donc être entendu dans le sens de ces derniers articles. Ce qui confirme encore cette manière de voir, c'est que, dans l'ancien Droit, les donations immobilières étaient, sauf quelques exceptions, considérées comme des titres constitutifs, non de propres, mais de conquêts, alors même qu'elles étaient faites à l'un des conjoints seulement. Pothier, n°s 168 et 171. Si les rédacteurs du Code se sont prononcés en sens contraire pour ce qui concerne les donations faites à l'un des époux seulement, cela n'autorise pas à dire qu'ils soient partis de l'idée que les donations immobilières constituent de leur nature, et dans tous les cas, des titres productifs de propres. On doit plutôt penser qu'ils l'ont fait, parce que cette solution leur a paru mieux rentrer dans les intentions probables du donateur, qui, lorsqu'il ne dispose qu'au profit d'un seul des conjoints, doit, par cela même, être présumé avoir voulu le faire profiter seul de sa libéralité. Mais, quand une donation est faite aux deux époux conjointement, il y a tout au moins doute sur la question de savoir, si le donateur a entendu disposer au profit des époux en leur qualité de communs en biens, ou si, au contraire, il a voulu gratifier chacun d'eux individuellement. Et en se dépouillant de toute idée préconçue sur ce que le législateur aurait dû statuer, quant au caractère des donations envisagées au point de vue qui nous occupe, on ne peut guère se re-

Il en est cependant autrement, en ce qui concerne les immeubles donnés ou légués, lorsque le donateur ou testateur a manifesté l'intention que ces immeubles restent propres, pour une certaine portion, à chacun des époux. Cette intention, qui résulterait suffisamment de la circonstance que la donation ou le legs a été fait avec assignation de parts [39], et qui devrait se présumer, s'il s'agissait d'une disposition faite par un ascendant au profit d'un de ses descendants et du conjoint de celui-ci [40], pourrait, même en dehors de ces hypothèses, être admise par appréciation des termes de l'acte et de l'ensemble des faits [41].

D'après la règle qui fait tomber dans la communauté les immeubles acquis à titre onéreux, même par l'un des conjoints seulement, on doit, en général, attribuer le caractère de conquêts, aux immeubles cédés à l'un des conjoints, en paiement d'une créance à lui propre [42].

Quant aux immeubles abandonnés à l'un des conjoints, à la charge de payer les dettes du cédant, ils sont à considérer, soit comme des conquêts, soit comme des propres, suivant que l'abandon constitue en réalité un acte à titre onéreux, ou qu'il forme une donation avec charges, sauf, dans ce dernier cas, récom-

fuser à reconnaître que la disposition restreinte de l'art. 1405 a implicitement résolu en faveur de la communauté, le doute qui s'élève sur les intentions du donateur, pour le cas de donations faites aux deux époux conjointement.

39 Toullier, XII, 135. Duranton, XIV, 189. Bellot des Minières, I, p. 180. Odier, I, 126.

40 Arg. *a fortiori*, art. 1406. Duranton, *loc. cit.* Cpr. Colmar, 20 janvier 1831, Sir., 32, 2, 355.

41 Req. rej., 27 avril 1860, Sir., 60, 1, 251.

42 *Datio in solutum vicem venditionis obtinet.* L. 4, *C. de evict.* (8, 44). Zachariæ, § 507, texte et note 26. — L'immeuble donné en paiement ne pourrait devenir propre à l'époux créancier, que par l'accomplissement des conditions constitutives du remploi. Civ. cass., 26 juillet 1869, Sir., 69, 1, 401. — L'art. 1406 établit une exception à cette règle pour le cas où la *datio in solutum* émane d'un ascendant. Cpr. sur cet article, texte et note 59 *infra*. — D'un autre côté, si la cession, qualifiée de dation en paiement, constituait en réalité, et d'après son caractère principal, une véritable libéralité, elle rentrerait sous l'application de l'art. 1405, et serait par conséquent productive de propre, sauf récompense à la communauté, pour les valeurs mobilières dont celle-ci se trouverait privée par cette opération.

pense à la communauté du montant des dettes qu'elle aurait acquittées [43].

La règle suivant laquelle tous les immeubles acquis pendant le mariage constituent des conquêts, s'applique au cas où l'usufruit dont étaient grevés, au profit d'un tiers, des immeubles propres à l'un des époux, aurait été acquis, soit par les deux époux conjointement, soit même séparément par l'époux nu-propriétaire [44]. Si donc le tiers, titulaire primitif de l'usufruit, survivait à la dissolution de la communauté, l'émolument de cet usufruit devrait pour l'avenir, et jusqu'à son extinction, se partager entre les époux ou leurs héritiers.

Le second alinéa de l'art. 1404 assimile aux conquêts, les immeubles acquis dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, à moins que l'acquisition n'ait eu lieu en vertu d'une clause de ce contrat, qui leur attribue le caractère de propres [45].

43 On ne doit pas conclure, par argument *a contrario*, de l'art. 1406, que l'immeuble abandonné à l'un des époux, par une personne autre qu'un de ses ascendants, sous la condition de payer les dettes du cédant, constitue toujours un conquêt. Cet argument serait évidemment fautif dans le cas où l'abandon constituerait en réalité une donation avec charges. Art. 1405 cbn. art. 945 et 1412. Voy. texte et note 59 *infra*. Troplong, I, 631. Cpr. Zachariæ, § 507, texte et note 26.

44 L'opinion contraire était reçue dans notre ancien Droit. Voy. Dumoulin, *Commentarii in vet. cons. paris.*, art. 118 ; Pothier, nº 639. On a essayé de la reproduire sous l'empire du Code, en se fondant sur les art. 1408 et 1437. Voy. Duranton, XIV, 371 ; Odier, I, 345 ; Troplong, I, 504 et 505 ; Zachariæ, § 511, note 26. Mais ces articles sont complétement étrangers à la question. Il ne s'agit ici, ni de l'acquisition de portion d'un immeuble indivis, ni du rachat de services fonciers, mais de l'acquisition d'un droit immobilier, distinct de la nue-propriété, subsistant par lui-même, et qui ne forme pas une simple charge ou qualité passive de l'immeuble sur lequel il est établi. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2681. Bugnet, sur Pothier, *loc. cit.*, à la note. Rodière et Pont, I, 511. Rouen, 1er juillet 1841, Sir., 41, 2, 490. Civ. rej., 16 juillet 1845, Sir., 45, 1, 721.

45 L'art. 1404, al. 2, qui statue sur un point controversé dans notre ancienne jurisprudence, a été emprunté aux arrêtés de Lamoignon (tit. XXXII, art. 12). Sa disposition, dérogatoire au Droit commun, a pour objet de prévenir les surprises que l'un des époux pourrait commettre au préjudice de l'autre, en convertissant en immeubles exclus de la communauté, des valeurs mobilières qui devaient y entrer d'après des conventions matrimoniales, antérieurement arrêtées entre les parties.

Cette disposition qui, d'après les motifs sur lesquels elle repose, ne s'applique, ni aux donations faites à l'un des époux, ni même aux échanges immobiliers conclus dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage [46], doit, pour les acquisitions faites par voie d'achat ou de dation en paiement, être strictement limitée au cas pour lequel elle a été établie. Elle ne peut être étendue aux acquisitions faites, soit avant le mariage, quand les époux se sont mariés sans contrat, soit avant le contrat de mariage, lorsqu'il en a été passé un, quelque rapprochée qu'ait été de la célébration du mariage, ou de la passation du contrat de mariage, l'époque à laquelle elles ont eu lieu [47].

b. Tout immeuble qui ne rentre pas dans l'une ou l'autre des catégories de conquêts ci-dessus-indiquées, reste de plein droit en dehors de la communauté. Ainsi, sont exclus de la communauté :

α. Les immeubles sur lesquels l'un des époux avait, dès avant le mariage, un droit de propriété. Art. 1402 et 1404, al. 1.

Il importe peu que l'existence de ce droit de propriété n'ait été reconnue que pendant le mariage, ou qu'il se trouvât subordonné, soit à la condition de la célébration du mariage, soit à quelque autre condition qui ne s'est réalisée que depuis le mariage. Les immeubles dont l'un des époux a obtenu la mise en possession après la célébration du mariage, mais en vertu d'une action immobilière qui lui compétait dès avant cette époque, lui demeurent propres [48]. Il en est de même des immeubles donnés par contrat de mariage. Ces immeubles restent donc propres par moitié à chacun des époux, lorsqu'ils leur ont été donnés conjointement, à moins toutefois que l'un d'eux ne fût l'héritier présomptif du

46 *Cessante legis ratione, cessat lex*. Cpr. la note précédente. Rodière et Pont, I, 504 à 506.

47 Toullier, XII, 171. Duranton, XIV, 184. Rodière et Pont, I, 499 à 503.

48 Telles sont, par exemple, les actions en nullité ou en rescision, en résolution ou en révocation, d'un titre translatif de propriété immobilière. Delvincourt, III, p. 22. Battur, I, 204. Bellot des Minières, I, p. 158 et suiv. Toullier, XII, 186 et suiv. Duranton, XIV, 172. Odier, I, 104 à 109. Rodière et Pont, I, 528. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 7. Troplong, I, 497 et suiv. Zachariæ, § 507, texte et note 20. Cpr. note 21 *supra*. — Toutefois, en cas de résolution de vente, pour défaut de paiement du prix d'un immeuble

donateur, auquel cas ils sont, en général, propres pour le tout à cet époux [49].

L'application de la règle ci-dessus énoncée est indépendante de la validité des titres sur lesquels reposent les droits de propriété. Quels que soient les vices dont ces titres se trouvent entachés, leur confirmation, ou la reconnaissance de leur validité par transaction, ne donne point aux immeubles qui en font l'objet, le caractère de conquêts, encore que la confirmation ou la transaction

aliéné par l'un des époux dès avant le mariage, c'est la communauté qui devient propriétaire de cet immeuble. La raison en est que l'action en résolution, qui ne constitue en pareil cas qu'un moyen de faire valoir la créance résultant du contrat de vente, est entrée dans la communauté comme accessoire de cette créance, et ne peut dès lors être exercée qu'au nom et dans l'intérêt de la communauté. Pothier (nos 189 et 628) enseignait le contraire, mais par des motifs qui ne sont plus exacts aujourd'hui, ni au point de vue du Droit civil, ni à celui du Droit fiscal, en soumettant d'ailleurs l'époux vendeur, rentrant dans la propriété de l'immeuble vendu, à l'obligation de bonifier à la communauté, le montant du prix de vente dont elle se trouvait privée. Sa manière de voir a été suivie par M. Tessier (*Société d'acquêts*, nos 38 et 42), et par M. Troplong (I, 518), qui n'hésite pas à déclarer insoutenable l'opinion pour laquelle nous nous sommes prononcés avec M. Duranton (XIV, 173), et dans laquelle nous persistons avec une entière conviction. Nous nous bornerons à ajouter, comme considération pratique, à l'appui des raisons juridiques précédemment indiquées, que ce dernier système serait le plus souvent désavantageux à l'époux dans l'intérêt duquel on le propose, puisqu'il ne redeviendrait propriétaire de l'immeuble par lui aliéné, qu'à la charge de faire état à la communauté, non-seulement du prix de cet immeuble, mais encore des frais judiciaires et des droits de mutation auxquels la résolution aurait donné lieu, et qu'on l'obligerait ainsi indirectement à garantir une créance, qui était tombée dans la communauté sans aucune obligation de garantie de sa part.

[49] On doit en effet présumer, en pareil cas, que le donateur n'a voulu donner la propriété des biens dont il disposait, qu'à son héritier présomptif, et que, s'il a déclaré donner *aux futurs époux*, c'est en considératisn seulement de la jouissance qui devait leur être commune pendant le mariage. Il faut même admettre que les immeubles donnés, en faveur de mariage, au futur époux, par une personne dont la future épouse était l'héritière présomptive, doivent, en général, être présumés avoir été donnés à cette dernière, s'il n'est pas dit dans l'acte de donation qu'elle est faite au futur pour lui et les siens. Dumoulin, *Comment. in vet. cons. paris.*, art. 55, nos 100 et 101. Pothier, no 170. Tessier, *De la dot*, I, p. 146, note 262. Toullier, XII, 13 et suiv. Bugnet, sur Pothier, no 170, à la note. Rodière et Pont, I, 519 et suiv. Troplong, I, 600 à 603. Cpr. Zachariæ, § 507, note 19, *in fine*.

n'ait eu lieu que moyennant un prix qui a été payé des deniers de la communauté [50].

On doit considérer, comme ayant appartenu à l'un des époux antérieurement au mariage, tout immeuble dont il avait, dès avant cette époque, une possession propre à servir de fondement à l'usucapion [51], bien que le temps requis pour l'usucapion, ou même pour la saisine possessoire, ne se soit accompli que pendant le mariage [52], ou ne le soit pas encore lors de sa dissolution [53]. Art. 1402.

β. Les immeubles échus par succession à l'un des époux pendant le mariage. Art. 1404, al. 1.

Si l'un des époux était appelé à une succession tout à la fois

50 Pothier, n° 160. Toullier, XII, 184. Duranton, XIV, 181 et 182. Battur, I, 205. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 520. Troplong, I, 511 à 515. — Cpr. sur la transaction en particulier : § 421, texte n° 3, et notes 17 à 21. — *Quid* de la ratification consentie, pendant le mariage, par le légitime propriétaire, d'une vente qu'un tiers avait, avant le mariage, passée à l'un des époux? Si la vente a eu lieu au nom et pour le compte du propriétaire, l'immeuble qui en est l'objet restera incontestablement propre à l'époux acquéreur, encore que la ratification n'ait eu lieu que moyennant un certain prix. Au contraire, lorsque la vente a été faite par le tiers en son propre nom, il faut examiner si, en déclarant la ratifier, le propriétaire a simplement consenti à son exécution, ou si c'est en réalité une vente nouvelle qu'il a passée. Au premier cas, l'immeuble formera également un propre ; au second, il deviendra un conquêt, lors même que l'époux acquéreur en aurait été en possession dès avant le mariage. Pothier, n°s 162 et 163. Duranton, XIV, 181. Rodière et Pont, *loc. cit.* Cpr. Troplong, I, 516. Voy. en sens contraire, sur la dernière hypothèse : Toullier, XII, 177; Battur, I, 205.

51 C'est une possession de cette nature que les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans l'art. 1402, entendu désigner par les termes *possession légale.* Delvincourt, III, p. 16. Rodière et Pont, I, 524. Odier, I, 114. Troplong, I, 529. Marcadé, sur les art. 1401 à 1403, n° 7.

52 Duranton, XIV, 178. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, I, 524 à 527. Odier, I, 115. Zachariæ, § 507, note 18. — La règle énoncée au texte est une conséquence de la présomption de propriété qui se trouve attachée à toute possession non vicieuse, dès le moment où elle commence. — C'est à tort que Toullier (XII, 173) prétend qu'en appliquant cette règle à la matière qui nous occupe, l'art. 1402 a introduit un droit nouveau. Pothier, n°s 111, 157, 162, 163 et 203. Rodière et Pont, I, 529. Odier, I, 116. Marcadé, *loc. cit.*

53 Marcadé, *loc. cit.*

mobilière et immobilière, les immeubles compris dans son lot ne lui seraient propres, que proportionnellement à la valeur comparative des meubles et des immeubles héréditaires[54].

Les immeubles dévolus à l'un des époux à titre de retour légal, lui sont propres, comme ceux qui lui échoient par voie de succession ordinaire. Il en serait ainsi, dans le cas même où les immeubles qu'il est appelé à recueillir à ce titre, constituaient primitivement des conquêts de communauté[55]. Si donc des immeubles de cette nature avaient été donnés conjointement par les époux pour doter un enfant commun, ces immeubles seraient, en cas de prédécès de l'enfant sans postérité, propres pour moitié à chacun des époux.

On doit assimiler aux immeubles échus directement par succession à l'un des époux, ceux qu'il peut avoir acquis en exerçant le retrait successoral admis par l'art. 841[56].

γ. Les immeubles donnés ou légués à l'un des époux. Art. 1405. Ils sont exclus de la communauté, à moins que le donateur ou le testateur n'ait expressément déclaré qu'il entendait les y faire entrer.

Cette règle s'applique aux donations faites sous des charges, plus ou moins onéreuses, aussi bien qu'aux donations pures, sauf, le cas échéant, récompense à la communauté pour le montant des charges[57]. Elle s'étend même aux donations déguisées sous l'ap-

54 Cpr. texte et note 13 *supra*.

55 Cette solution est généralement admise. Voy. Bellot des Minières, I, p. 162 et suiv.; Duranton, XIV, 187; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 100; Rodière et Pont, I, 578; Marcadé, sur les art. 1404 à 1406, n° 2; Troplong, I, 587 et suiv. Elle n'est contestée que par Delvincourt (III, p. 18), qui part de l'idée que le droit de retour légal s'exerce, plutôt à titre de réversion ou de résolution de la donation, qu'à titre de succession. Mais ce point de vue est évidemment inexact. Cpr. § 608, texte et note 2.

56 Delvincourt, III, p. 18. Toullier, XII, 134 *bis*. Duranton, XIV, 186. Glandaz, *op. et v° citt.*, n° 99. Bugnet, sur Pothier, VII, p. 120, note 2. Odier, I, 120. Rodière et Pont, I, 577. Troplong, I, 586.

57 Duranton, XIV, 190. Odier, I, 127. Rodière et Pont, I, 592. Cpr. texte et note 39 *supra*. Voy. cep. Toullier, XII, 143. — Néanmoins, si un acte, qualifié donation, ne renfermait réellement aucune libéralité, l'immeuble dont il constaterait la transmission à l'un des époux, formerait un conquêt. *Sermo rei, non res sermoni, subjicitur*. Duranton, XIV, 192.

parence de contrats à titre onéreux. L'époux auquel un immeuble a été transmis par un acte de cette nature, est autorisé à le retenir comme propre, en établissant le véritable caractère de l'acte de transmission [58].

c. Le principe général d'après lequel les immeubles acquis, à titre onéreux, pendant le mariage, tombent dans la communauté, est sujet aux trois exceptions suivantes :

α. Les immeubles abandonnés ou cédés à l'un des conjoints par un de ses ascendants, soit en paiement de ce qu'il lui doit, soit à charge de payer ses dettes, forment des propres au profit de ce conjoint, sauf récompense à la communauté de la valeur de la créance dont elle a été privée, ou du montant des dettes qu'elle a acquittées. Art. 1406 [59].

La règle exceptionnelle établie par l'art. 1406 ne peut être étendue à une vente proprement dite, c'est-à-dire à une transmission faite moyennant un prix déterminé, payable à l'ascendant lui-même [60].

β. Les immeubles qui, en vertu d'une fiction de subrogation, sont censés prendre la place de propres, forment eux-mêmes des propres.

Cette fiction est admise à l'égard des immeubles acquis pendant le mariage en échange d'immeubles propres à l'un des époux. Les immeubles ainsi acquis sont en totalité propres à cet époux, encore que l'échange ait été conclu sous condition d'une soulte payable au coéchangiste, sauf la récompense qui, dans ce cas, peut être

58 Battur, I, 245 et suiv. Rodière et Pont, *loc. cit.*

59 La disposition de cet article, empruntée à l'ancienne jurisprudence (voy. Pothier, nos 136 et 139), repose sur cette idée que les actes do transmission de la nature de ceux dont il s'agit au texte, ne présentent pas les caractères de conventions ordinaires à titre onéreux, mais constituent plutôt des avancements d'hoirie ou de simples accommodements de famille. Zachariæ, § 507, texte et note 27. — Il convient, du reste, de remarquer, en ce qui concerne spécialement les cessions faites à la charge de payer les dettes de l'ascendant, que les immeubles cédés deviennent des propres, alors même que la valeur de ces immeubles ne dépassant pas notablement le montant des dettes, l'abandon ne formerait pas véritablement un acte de libéralité. Sous ce rapport, l'hypothèse actuelle se distingue essentiellement de celle que nous avons examinée, texte et note 42 *supra*.

60 Rodière et Pont, I, 586 et 587. Troplong, I, 628. Zachariæ, § 507, note 27, *in fine*. Voy. cep. Colmar, 20 janvier 1831, Sir., 32, 2, 355.

due à la communauté. Art. 1407 [61]. Néanmoins, si la soulte était à peu près égale à la valeur du propre donné en échange, et, à plus forte raison, si elle la dépassait, l'immeuble reçu en contre-échange ne deviendrait propre que jusqu'à concurrence de la valeur du propre originaire, et serait conquêt pour le surplus. Il y a mieux, si la somme payable à titre de soulte était tellement supérieure à la valeur du propre donné en échange, que le paiement de cette somme formât en réalité l'objet principal des engagements contractés envers le coéchangiste, l'immeuble reçu en contre-échange deviendrait, sauf récompense, conquêt pour la totalité [62]. Du reste, rien n'empêche que les époux ne puissent valablement déroger à la disposition de l'art. 1407, en convenant, dans l'acte d'échange, que l'immeuble reçu en contre-échange de l'immeuble propre à l'un d'eux, formera un conquêt [63].

61 Cpr. Angers, 25 mai 1859, Sir., 59, 2, 614.

62 Deux autres solutions, diamétralement opposées l'une à l'autre, ont été proposées. Suivant la première, l'immeuble acquis par voie d'échange formerait un propre pour la totalité, quelque considérable que fût la soulte. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 149 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 113; Zachariæ, § 507, note 28. Cette opinion, qui ne repose que sur une fausse application de la maximn *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, ne nous paraît pas admissible, parce qu'elle aurait pour résultat de donner aux époux, les moyens de se créer des propres à volonté. D'après la seconde solution, l'immeuble acquis en échange d'un propre serait pour la totalité un conquêt, si la soulte dépassait, dans une mesure quelconque, la valeur de ce propre. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, I, p. 203 ; Bugnet, sur Pothier, n° 197, note 1. Mais la circonstance à laquelle s'attachent ces auteurs ne ferait, à notre avis, dégénérer la convention en vente, qu'autant que la soulte formerait, à raison de son importance, l'objet principal des engagements contractés au profit du coéchangiste, et que la livraison du propre de l'un des époux ne serait plus qu'une obligation accessoire et complémentaire. Hors de cette hypothèse, il est impossible de ne pas voir dans le contrat une convention mêlée d'échange et de vente, qui, pour la portion de l'immeuble à l'égard de laquelle il y a véritablement échange, doit produire la subrogation établie par l'art. 1407. Cpr. dans le sens de l'ensemble de la théorie indiquée au texte : Pothier, n° 197 ; Taulier, V, p. 62 : Odier, I, 130 et 131 ; Rodière et Pont, I, 649 et 650 ; Marcadé, sur l'art. 1407, n° 1 ; Troplong, I, 637. Voy. aussi : Battur, I, 208 ; Duranton, XIV, 195 ; Nancy, 3 mars 1869, Dal., 69, 2, 85.

63 Cpr. sur ce point : § 503 *bis*, texte n° 2, et note 23. Rodière et Pont, I, 652.

La fiction de subrogation dont s'agit a lieu, d'un autre côté, à l'égard des immeubles acquis en remploi de propres aliénés pendant le mariage. Art. 1433 à 1435.

Le remploi peut être fait par anticipation, c'est-à-dire en vue de l'emploi de deniers à provenir d'une aliénation future [64]. A plus forte raison, n'est-il pas nécessaire que le prix d'une aliénation déjà effectuée, ait été préalablement versé dans la communauté ; il suffit que ce prix se soit trouvé, pendant le mariage, à la disposition du mari comme chef de la communauté [65].

D'un autre côté, la loi n'exige pas que les deniers au moyen desquels la nouvelle acquisition a été soldée, soient matériellement

64 Les remplois par anticipation sont fréquents dans la pratique. Ils offrent aux époux, les moyens de profiter d'occasions favorables pour faire des acquisitions avantageuses, qu'ils solderont avec les deniers que leur procurera l'aliénation ultérieure de biens propres ; et l'on comprend que le conjoint, dont les propres doivent être aliénés dans ce but, ne consente à les vendre, qu'autant que le remploi lui est d'avance assuré. Ce serait gêner sans nécessité la liberté des époux, que de ne pas admettre la possibilité de remplois anticipés, dont l'efficacité est d'ailleurs toujours subordonnée au fait de l'aliénation subséquente de biens propres. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Remploi, n° 39. Glandaz, *op. cit.*, v° Communauté conjugale, n° 264. Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 203 à 217. Rodière et Pont, I, 677. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 4. Req. rej., 23 novembre 1826, Sir., 27, 1, 270. Angers, 11 février 1829, Sir., 29, 2, 327. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 353. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 370 ; Bellot des Minières, I, p. 51 ; Odier, I, 326 ; Paris, 27 janvier 1820, Sir., 20, 2, 293 ; Bourges, 1er août 1838, Sir., 38, 2, 455. — Suivant un arrêt de la Cour d'Angers, du 6 mars 1844 (Sir., 46, 2, 37), dont la décision a été adoptée par M. Troplong (II, 1154), le remploi anticipé, valable s'il avait eu lieu dans l'intérêt de la femme, resterait inefficace si le mari l'avait fait pour son propre compte. Voy. aussi : Zachariæ, § 511, note 4, *in fine*. Cette distinction ne nous paraît pas admissible en principe. Le remploi anticipé fait par le mari ne saurait, à notre avis, être rejeté par cela seul qu'il pourrait être, pour ce dernier, un moyen de s'avantager au détriment de la communauté ; mais nous reconnaissons que, si les circonstances tendaient à établir que le mari n'avait pas, en faisant la déclaration de remploi, l'intention sérieuse et bien arrêtée d'aliéner prochainement des immeubles à lui propres, et qu'il n'a fait cette déclaration que dans la pensée de se réserver la faculté de profiter de l'acquisition ou de la laisser pour le compte de la communauté, suivant qu'elle serait avantageuse ou onéreuse, la femme serait en droit de contester le remploi, et de faire attribuer à l'immeuble le caractère de conquêt.

65 Civ. rej., 6 janvier 1858, Sir., 58, 1, 273. Cpr. Paris, 6 mars 1847, Sir., 49, 2, 17 ; Douai, 9 mars 1849, Sir., 49, 2, 20.

et identiquement ceux qui ont été versés dans la communauté, comme prix du propre vendu; et le remploi peut valablement s'effectuer, quoique ce prix se soit depuis longtemps confondu dans la masse commune [66].

Le remploi ne s'opère pas *ipso facto*, par cela seul que l'acquisition d'un immeuble a été soldée au moyen du prix provenant de l'aliénation d'un propre [67]. Il y a plus, la seule déclaration, faite lors de l'acquisition d'un immeuble, que le prix en a été payé des deniers provenants de l'aliénation d'un propre, ne suffit pas pour constituer le remploi [68] : il faut pour l'effectuer qu'il soit déclaré, soit expressément, soit en termes équipollents [69], que l'immeuble acquis est destiné à servir de remploi du prix provenu ou à

[66] Il y a là une exception notable aux règles ordinaires de la subrogation réelle. Nous avons indiqué à la note 7 du § 575 les raisons sur lesquelles se fonde cette exception. Il est, du reste, évident qu'on ne saurait étendre à la subrogation réelle, dont il est ici question, la disposition du n° 2 de l'art. 1250, qui ne concerne spécialement que la subrogation personnelle, consentie par le débiteur. Bellot des Minières, I, p. 518. Duranton XV, 428. Rodière et Pont, I, 660. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 2. Cpr. Req. rej., 6 décembre 1819, Sir., 20, 1, 108.

[67] Voy. sur la dation d'un immeuble, en paiement d'une créance propre à l'un des époux : texte at note 42 *supra*.

[68] Pothier (n° 198) semble admettre qu'une pareille déclaration suffit. Mais son opinion est contraire à celle de Renusson (*Des propres*, chap. IV, sect. II), et de Lebrun (*De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. II). En substituant, dans les art. 1434 et 1435, la conjonctive *et* à la disjonctive *ou*, dont Pothier s'est servi au numéro ci-dessus cité, les rédacteurs du Code paraissent avoir eu précisément en vue de rejeter, comme insuffisante pour opérer le remploi, la déclaration insérée dans l'acte d'acquisition d'un immeuble, que le prix en a été payé des deniers provenants de l'aliénation d'un propre. Cette solution est, en effet, la plus rationnelle, puisqu'une pareille déclaration, qui peut n'avoir été faite que dans le but de constater un droit à récompense en faveur de l'époux dont le propre a été aliéné, n'emporte pas nécessairement manifestation de la volonté d'effectuer un remploi. Cpr. note 70 *infra*. Voy. en ce sens : Glandaz, *op. cit.*, n° 262 ; Benech, *op. cit.*, n° 36 ; Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 2 ; Rodière et Pont, I, 657 et suiv.; Troplong, II, 1119 à 1122 ; Req. rej., 23 mai 1838, Sir., 38, 1, 525. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 428 ; Duvergier, sur Toullier, XII, 370 ; Taulier, V, p. 109 ; Odier, I, 325.

[69] Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1123. Req. rej., 14 frimaire an XII, Sir., 4, 2, 47. Req. rej., 23 mai 1838, Sir., 38, 1, 525.

provenir d'un propre, déjà aliéné ou dont l'aliénation est projetée [70].

La déclaration constitutive du remploi doit être faite dans l'acte d'acquisition même. Une pareille déclaration faite après coup serait sans effet, lors même qu'elle aurait eu lieu dans l'intérêt de la femme [71].

[70] MM. Rodière et Pont (I, 657) enseignent, en s'attachant à la lettre des art. 1434 et 1435, qu'une déclaration, même conçue dans les termes énoncés au texte, ne suffit pas pour constituer le remploi, et qu'il faut de plus une indication spéciale et distincte de l'origine des deniers. Mais cette interprétation nous paraît dépasser le but. Dès qu'il est certain, comme MM. Rodière et Pont le reconnaissent eux-mêmes, que l'efficacité du remploi n'est pas subordonnée à l'identité des deniers, une indication spéciale de leur origine serait absolument sans objet; et l'on doit croire que les rédacteurs du Code l'ont rappelée, bien moins comme une condition distincte de la déclaration de remploi, que pour exprimer l'idée qu'elle serait insuffisante, si elle n'était accompagnée de cette déclaration. Nous ajouterons que l'indication de l'origine des deniers, telle qu'elle est mentionnée aux art. 1434 et 1435, serait le plus souvent contraire à la vérité, et deviendrait matériellement impossible s'il s'agissait d'un remploi à faire par anticipation. Voy. en ce sens: Zachariæ, § 511, note 4.

[71] La déclaration de remploi ne peut avoir lieu *ex intervallo*; elle doit être faite *in continenti*. L'art. 1434 l'exige formellement pour l'hypothèse dont il s'occupe; et il ressort évidemment de la corrélation qui existe entre sa disposition et celle de l'art. 1435, que cette condition est également requise dans l'hypothèse à laquelle s'applique ce dernier article. Cependant MM. Rodière et Pont (I, 663), et Marcadé (sur les art. 1434 et 1435, n° 3) se prononcent en sens contraire, pour le remploi fait par le mari dans l'intérêt de la femme, en invoquant, à l'appui de leur manière de voir, l'autorité de Dumoulin et l'art. 1595 du Code Napoléon. Mais il suffit de lire attentivement les annotations de Dumoulin sur l'art. 238 de la coutume de Bourbonnais et sur l'art. 164 de la coutume de Blois, pour se convaincre que ce jurisconsulte ne s'occupe que de la reconnaissance par le mari du droit de la femme à récompense, et qu'il n'a nullement en vue la question de remploi. Quant à l'art. 1595, il prouve sans doute que le mari peut céder à sa femme, soit un de ses propres, soit même un conquêt, pour la remplir de valeurs à elle appartenantes, touchées par la communauté. Mais, bien qu'en pareil cas l'immeuble cédé à la femme lui devienne propre, à l'instar d'un immeuble acquis en remploi, il est évident que l'opération ne constitue qu'une *datio in solutum*, ou une vente ordinaire, et non une acquisition en remploi. La différence est de la plus haute importance, pour le cas du moins de renonciation à la communauté, tant au point de vue fiscal, que par rapport aux hypothèques, judiciaires ou légales, antérieures à celle de la femme, dont l'immeuble cédé se trouverait grevé. Cpr. texte et notes 77 et 78 *infra*. Pothier,

La déclaration de remploi faite par le mari, pour son compte personnel, opère par elle-même le remploi. Mais, lorsqu'il s'agit d'un remploi à faire dans l'intérêt de la femme, la déclaration du mari ne produit cet effet, qu'autant qu'elle a été formellement acceptée par celle-ci [72].

En acquérant un immeuble, avec l'intention dûment manifestée de le faire servir au remploi de deniers propres à la femme, le mari fait bien un acte de nature à profiter éventuellement à cette dernière ; mais il n'en agit pas moins en son propre nom, comme chef de la communauté, et dans la vue de la libérer de la récompense dont elle se trouve débitrice. La déclaration faite à cet effet, dans l'acte d'acquisition, ne constitue en réalité qu'une offre, adressée par le mari à la femme, de la substituer au bénéfice de l'acquisition [73].

nos 198 et 199. Merlin, Rép., v° Dot, § 10. Toullier, XII, 358. Duranton, XIV, 392 et 396. Odier, I, 319. Troplong, II, 1061, 1117 et 1122. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 93. Zachariæ, § 511, note 4. Bourges, 26 avril 1837, Sir., 37, 2, 359.

[72] Quoique la loi exige une acceptation formelle, c'est-à-dire une acceptation exclusive de toute espèce de doute, elle ne demande cependant pas une déclaration explicite d'acceptation. Il semble donc que le concours de la femme à l'acte qui renferme la déclaration de remploi à son profit, constitue une acceptation suffisante de sa part. Pothier, n° 200. Delvincourt, III, p. 62. Toullier, XII, 361. Odier, I, 323. Troplong, II, 1129. Zachariæ, § 511, texte et note 5. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 669 ; Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 3 ; Benech, *op. cit.*, n° 43.

[73] Il semblerait résulter des explications données par Pothier (n° 200) et d'Aguesseau (27e plaidoyer, édition Pardessus, II, p. 464), que le mari agit en pareil cas au nom de sa femme, et comme gérant d'affaires, ou même comme procureur de celle-ci. Cette idée, qui a été récemment reproduite et développée par M. Labbé (*De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, nos 89 à 96), ne nous paraît pas exacte. Elle confond la destination que le mari entend donner à l'immeuble par lui acquis, avec l'acquisition même de cet immeuble, qui forme l'objet principal de l'acte. Aussi, l'art. 1435 ne se sert-il pas, pour caractériser l'adhésion de la femme, du mot *ratifié*, par lequel se désigne l'approbation donnée aux actes passés par un gérant d'affaires, mais bien du terme *accepté*, qui se réfère, dans son acception ordinaire, à une proposition ou à une offre. Il est d'ailleurs à remarquer que Pothier et d'Aguesseau, en qualifiant de ratification l'acceptation du remploi par la femme, avaient principalement en vue d'expliquer la rétroactivité qui y est attachée. Or, cette rétroactivité, qui doit être restreinte dans de certaines limites, se justifie, indépendamment de toute idée de gestion d'affaires et de ratification, par la nature particulière de l'opération du remploi.

Cette offre peut être révoquée, tant qu'elle n'a pas été acceptée [74]. Elle doit être considérée comme révoquée par l'aliénation que ferait le mari, de l'immeuble acquis avec déclaration de remploi, et même par la constitution sur cet immeuble de servitudes ou d'hypothèques conventionnelles, en ce sens du moins que la femme, en acceptant le remploi, serait tenue de respecter ces charges [75].

En l'absence de toute révocation expresse ou tacite, la femme peut accepter le remploi tant que la communauté subsiste; elle ne le pourrait plus après sa dissolution [76].

Sauf le maintien des droits conventionnellement conférés par le mari à des tiers, l'acceptation rétroagit au jour même de l'acquisition, de sorte que, sous la restriction qui vient d'être indiquée, la femme est censée avoir immédiatement succédé au vendeur de cet immeuble [77]. Il résulte de là, que les hypothèques légales et

Cpr. texte et note 77 *infra*. Voy. en ce sens : Mourlon, *Revue pratique*, 1857, III, p. 66 et suiv., n° 59.

74 Toullier, XII, 360. Odier, I, 321. Rodière et Pont, I, 665. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 3. Voy. en sens contraire : Battur, II, 588.

75 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 193, n° 16). Toullier, XII, 360. Bellot des Minières, I, p. 516. Duranton, XIV, 393. Rodière et Pont, Odier, et Marcadé, *locc. citt.* Troplong, II, 1136. Mourlon, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Labbé, *op. cit.*, n°s 97 à 102, et *Revue pratique*, 1858, IV, p. 51 et suiv.; Flandin, *De la transcription*, I, 299 et suiv.

76 Arg. art. 1435 cbn. 1470. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *op. et loc. citt.*). Maleville, sur l'art. 1435. Merlin, *Rép.*, v° Remploi, § 2, n° 5. Toullier, XII, 360 et 361. Bellot des Minières, I, p. 516. Duranton, XIV, 393. Odier, I, 321 et 322. Benech, *op. cit.*, n° 93. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 3. Troplong, II, 1125 et 1128. Labbé, *op. cit.*, n° 105. Zachariæ, § 511, texte et note 6. Lyon, 25 novembre 1842, Sir. 43, 2, 418. Besançon, 11 juin 1844, Sir., 45, 2, 85. — MM. Rodière et Pont (I, 668) enseignent que l'acceptation de la femme pourrait encore utilement intervenir après la dissolution de la communauté, si elle avait été dissoute par toute autre cause que la mort du mari. Cette distinction ne nous paraît pas compatible avec les dispositions des art. 1435 et 1470.

77 La rétroactivité que nous attachons à l'acceptation de la femme, ne se comprendrait pas sans doute, si la déclaration de remploi devait être assimilée à une offre ordinaire de cession ou de dation en paiement. Mais on aurait tort de vouloir appliquer les règles du Droit commun à l'opération dont s'occupe l'art. 1435, opération d'une nature complexe et toute particulière. La déclaration de remploi, qui en forme un des éléments, n'est pas une offre de cession proprement dite, mais une proposition de substituer la femme au bénéfice de l'acquisition ; et, par cela même que l'art. 1435 autorise cette proposition comme telle, il

judiciaires dont les biens du mari ont été frappés avant l'acceptation de la femme, ne s'étendent point à l'immeuble acquis en remploi. Il en résulte également, que cette acceptation ne donne pas lieu à un nouveau droit de mutation, et n'est pas sujette à la formalité de la transcription [78].

Le remploi du prix des propres de la femme est, en général, purement facultatif pour le mari. Il en est ainsi, alors même que le contrat de mariage contient une clause spéciale à ce sujet [79], à moins qu'il ne résulte clairement des termes de cette clause, que la femme a entendu se réserver le droit d'exiger le remploi [80], auquel cas, elle a action contre le mari pour le contraindre à l'effectuer [81]. Mais, dans ce cas-là même, la clause de remploi n'au-

conduit nécessairement à reconnaître que l'acceptation en rétroagit au jour même de l'acquisition. Comment d'ailleurs justifier, sans cet effet rétroactif, la nécessité d'une déclaration de remploi à faire dans l'acte d'acquisition? Comment expliquer la disposition même de l'art. 1435, qui deviendrait complétement inutile, si l'acquisition avec déclaration de remploi ne devait produire d'autres effets que ceux de la cession autorisée par le n° 2 de l'art. 1595. Ces différentes considérations répondent suffisamment à l'objection de M. Labbé (*op. et loc. citt.*), qui prétend qu'il y aurait impossibilité juridique à donner un effet rétroactif à l'acceptation de la femme, à moins d'admettre avec lui, que le mari agit comme *negotiorum gestor* de cette dernière. Rodière et Pont, I, 665 et 674. Troplong, II, 1135. Mourlon, *Revue pratique*, 1857, III, p. 66 et suiv., n° 59.

78 Mourlon, *op. cit.*, p. 74, n° 60.

79 Dans le doute sur le véritable sens de la clause dont il est question au texte, on doit supposer que les parties ont simplement voulu rappeler les dispositions de la loi sur le remploi. Il en serait ainsi surtout, si le remploi avait été stipulé au profit des deux époux.

80 C'est ce que l'on devrait admettre dans le cas notamment où, le remploi ayant été stipulé au profit de la femme seule, on aurait en même temps fixé le délai dans lequel il serait effectué.

81 Rodière et Pont, I, 695. — M. Troplong (III, 1075) enseigne, au contraire, que, quels que soient les termes du contrat de mariage, la femme n'a jamais d'action pour contraindre le mari au remploi. Nous comprenons que les tribunaux pourraient, par interprétation de ce contrat, refuser d'accueillir l'action de la femme, ou du moins accorder au mari un délai pour effectuer le remploi. Mais nous ne croyons pas que ce dernier soit admis à se soustraire, au moyen d'une fin de non-recevoir absolue, à l'exécution d'une obligation formellement imposée et acceptée. L'arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 1er février 1848, Sir., 48, 1, 149), que M. Troplong invoque à l'appui de son opinion, est plutôt favorable que contraire à notre manière de voir. Cpr. du reste : Req. rej., 20 décembre 1852, Sir. 53, 1, 151.

rait, en général, d'effet qu'entre les époux, et ne serait pas opposable aux tiers[82].

Du reste, les propositions ci-dessus énoncées sur la manière dont s'opère le remploi de deniers propres à la femme, s'étendent même au cas où il a été imposé au mari par le contrat de mariage, sans que cependant ce contrat en ait déterminé le mode d'exécution[83].

Les mêmes propositions ne doivent, au contraire, être appliquées qu'avec certaines modifications, lorsque la clause relative au remploi porte que, les premières acquisitions immobilières faites, par le mari, après aliénation des propres de la femme, lui tiendront lieu de remploi. Dans cette hypothèse, la déclaration exigée par l'art. 1435 est sans doute toujours indispensable pour opérer le remploi à l'égard des tiers[84]. Il en est de même de l'acceptation de la femme, qui n'est pas forcée de prendre à son compte les acquisitions faites par le mari seul[85]. Mais il n'est pas nécessaire,

82 Cpr. sur cette règle, et sur l'exception qui doit y être apportée : § 510, texte n° 3, et note 9. Voy. aussi : § 533, texte et note 9.

83 Duranton, XV, 430. Rodière et Pont, I, 688 et 689. Marcadé, sur l'art. 1497, n° 2. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 41. Troplong, II, 1140. Mourlon, *op. cit.*, p. 74, n° 61. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 10 ; Toullier, XIV, 152 ; Odier, I, 315 ; Tessier, *Société d'acquêts*, n° 48 ; Paris, 13 juin 1838, Dalloz, 1838, 2, 133. Suivant cette dernière opinion, le remploi s'opérerait dans ce cas de plein droit, indépendamment de toute acceptation de la femme, si d'ailleurs l'acte d'acquisition contenait la déclaration exigée par l'art. 1435. A l'appui de ce système, on dit que la clause indiquée au texte implique, de la part de la femme, acceptation anticipée du remploi, et que le mari, constitué mandataire de cette dernière, la lie par les actes qu'il a passés, en cette qualité, dans la limite de ses pouvoirs. Une pareille interprétation nous paraît forcée, ou tout au moins divinatoire : la clause dont s'agit ne fait, en réalité, qu'imposer au mari le devoir de se mettre en mesure de procurer le remploi, et ne lui confère nullement le pouvoir de l'effectuer sans le concours de la femme.

84 Cette proposition est généralement admise ; et M. Mourlon (*op. cit.*, p. 75, n° 62) a fait erreur en attribuant une opinion contraire à M. Troplong, qui ne s'occupe (II, 1138) que de la question de savoir, si l'acceptation de la femme est en ce cas nécessaire pour opérer le remploi. Cpr. Zachariæ, § 511, texte et note 7 ; Bourges, 1er février 1831, Sir., 31, 2, 253.

85 Cette solution présente, nous le reconnaissons, plus de difficulté dans l'hypothèse actuelle que dans celle dont nous nous sommes occupés à la note 83 *supra*. On peut en effet soutenir, avec quelque apparence de fondement, que la clause dont il s'agit présentement emporte acceptation anticipée de la part de

pour assurer l'effet du remploi en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, que cette acceptation intervienne avant la dissolution de la communauté, ni même que l'acte d'acquisition contienne une déclaration de remploi ; de sorte qu'à la dissolution de la communauté la femme peut, malgré l'absence de cette double circonstance, réclamer, comme propres, les immeubles acquis par le mari.

La subrogation attachée au remploi ne s'opère que jusqu'à concurrence de la somme à remployer. Si donc une acquisition en remploi avait été faite pour une somme notablement supérieure au prix retiré des immeubles aliénés, l'immeuble ainsi acquis ne deviendrait propre que proportionnellement à ce prix, et serait conquêt pour le surplus [86].

Les frais et loyaux coûts de l'acte d'acquisition en remploi, doivent être supportés par l'époux dans l'intérêt duquel le remploi a lieu [87].

Ce qui vient d'être dit sur le remploi des propres aliénés pendant le mariage, s'applique également à l'acquisition d'immeubles destinés à remplacer des valeurs mobilières, que l'un des époux s'était réservées propres par contrat de mariage, ou qui lui étaient devenues propres en vertu de l'une ou l'autre des exceptions indiquées au n° 1 du présent paragraphe [88].

la femme, et confère au mari un mandat formel et spécial. Toutefois, nous pensons que ce serait encore là détourner le sens d'une clause qui est évidemment établie dans l'intérêt de la femme, et qui dès lors ne doit pas être rétorquée contre elle. La véritable interprétation de cette clause nous paraît être celle que nous indiquons dans la suite du texte. Rodière et Pont, Marcadé, et Zachariæ, *locc. citt.* Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 363 ; Duranton, XV, 430 ; Troplong, II, 1138.

86 Que si la différence du prix des immeubles vendus à celui des immeubles acquis en remploi, était peu considérable, ces derniers seraient propres en totalité, sauf récompense à la communauté. Pothier, n° 198. Toullier, XII, 387 Duranton, XIV, 391. Odier, I, 320. Rodière et Pont, I, 684. Troplong, II, 1151. Zachariæ, § 511, texte et note 8. Civ. cass., 20 juin 1821, Sir., 21, 1, 387. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 62 ; Bellot des Minières, I, p. 522.

87 Rodière et Pont, I, 685. Voy. sur cette question sous le régime dotal : § 537, texte n° 4.

88 Arg. art. 1595, al. 2, et 1470, n°s 1 et 2. Battur, I, 209. Bellot des Minières, I, p. 513. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Remploi entre époux, n° 22. Toullier, XII, 356. Taulier, V, p. 111. Odier, I, 317. Rodière et Pont, I, 687. Marcadé, sur les art. 1434 et 1435, n° 4. Troplong, II, 1155 à 1157.

Les immeubles que le mari a cédés à la femme, conformément au second alinéa de l'art. 1595, forment pour celle-ci des propres, tout comme les immeubles acquis en remploi.

γ. L'acquisition par licitation, ou à tout autre titre onéreux [89], de portion d'un immeuble appartenant par indivis à l'un des époux, ne fait pas, en général, un conquêt de la portion ainsi acquise, qui, sauf récompense à la communauté, devient propre à l'époux copropriétaire, quelque faible que fût la part qu'il avait dans cet immeuble. Art. 1408, al. 1 [90]. Il importe peu, à cet égard, que l'époux copropriétaire le soit devenu par succession, par legs,

Toulouse, 27 mai 1834, Sir., 35, 2, 175. Paris, 9 juillet 1841, Sir., 41, 2, 534. Cpr. Civ. rej., 6 décembre 1819, Sir., 20, 1, 108; Req. rej., 26 mai 1835, Sir., 35, 1, 833; Civ. cass., 16 novembre 1859, Sir., 60, 1, 242. Voy. en sens contraire: Duranton, XIV, 389 et 390; Douai, 2 avril 1846, Sir., 47, 2, 413.

89 L'art. 1408, al. 1, est étranger à la donation d'une part indivise faite par l'un des communistes, soit à l'époux copropriétaire seul, soit aux deux époux conjointement. Au premier cas, la part indivise formant l'objet de la donation constitue sans doute un propre pour l'époux donataire; mais en vertu de l'art. 1405, et non par application de l'art. 1408, de telle sorte que cette part ne revêt la qualité de propre que sauf déclaration contraire du donateur. Au second cas, la part donnée forme un conquêt, à moins que le donateur n'ait manifesté l'intention de la rendre propre aux deux époux pour moitié. Pothier, n° 149. Battur, I, 255. Rodière et Pont, I, 517. Voy. cep. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 2.

90 On s'accorde assez généralement à dire que la disposition du premier alinéa de l'art. 1408 est une conséquence du principe que le partage, ou tout acte qui en tient lieu, n'est que déclaratif de propriété. Art. 883. Voy. notamment: Zachariæ, § 587, note 33. Cette idée a même été énoncée par Tronchet dans la discussion au Conseil d'État. Locré, *Lég.*, XIII, p. 190, n° 9. Cependant elle ne nous paraît pas exacte. Ainsi que nous l'établirons au § 625, texte n° 2, la rétroactivité du partage dans lequel l'un des époux se trouve intéressé, est étrangère au règlement de ses rapports avec son conjoint. Tel paraît aussi être, pour l'hypothèse dont nous nous occupons, le sentiment de la Cour de cassation, qui, appelée à statuer sur la question de savoir, si l'art. 1408 pouvait être étendu à des actes auxquels ne s'appliquerait point l'art. 883, l'a résolue affirmativement, en énonçant dans les motifs de son arrêt que ces deux dispositions se rapportent à des ordres d'idées différents. Req. rej., 30 janvier 1850, Sir., 50, 1, 279. A notre avis, l'art. 1408 s'explique, abstraction faite de la rétroactivité du partage, par cette considération que l'état d'indivision entraîne avec lui de graves inconvénients, et qu'il serait contraire à l'intérêt public d'attacher à des actes qui, de leur nature, doivent avoir pour résultat de le faire cesser ou du moins de le simplifier, l'effet opposé de le perpétuer ou de le compliquer. C'est à ce point de vue que s'est placé le tribun Siméon dans son discours au Corps législatif. Locré, *Lég.*, XIII, p. 456, n° 22.

par donation, ou à tout autre titre[91], et qu'il ait acquis ses droits avant ou pendant le mariage[92].

La disposition du premier alinéa de l'art. 1408 s'applique à l'adjudication après expropriation forcée d'un immeuble saisi sur l'un des époux et sur ses consorts, comme à tout autre mode d'acquisition[93].

Elle s'étend, d'un autre côté, à toute acquisition d'une ou de plusieurs portions indivises d'un immeuble dont l'un des époux est copropriétaire, alors même que l'acquisition n'a pas fait cesser l'indivision d'une manière complète[94].

91 *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 128, art. 15, p. 215, art. 15, p. 246 et 247, n° 8). Toullier, XII, 159. Odier, I, 136. Rodière et Pont, I, 603. Troplong, I, 658.

92 Duranton, XIV, 199. Rodière et Pont, I, 604 à 606. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1. Troplong, I, 659. C'est évidemment à tort que Toullier (XII, 159) et M. Odier (I, 136) enseignent que l'art. 1408 n'est applicable qu'au cas où l'indivision est antérieure au mariage.

93 Nous avions émis une opinion contraire dans nos deux premières éditions, en partant de l'idée que l'adjudication sur expropriation forcée, prononcée au profit de l'un des communistes, constitue pour celui-ci un titre nouveau d'acquisition, qui porte sur la totalité de l'immeuble à lui adjugé, et non pas seulement sur les portions de cet immeuble appartenantes à ses consorts. Bien que cette manière de voir puisse être appuyée sur des raisons qui ne manquent pas de force, nous n'avons pas cru devoir y persister. La saisie d'un immeuble commun n'enlevant pas à l'époux copropriétaire, la propriété de sa part indivise, on peut dire que l'adjudication est plutôt pour lui un moyen de conserver cette part en y réunissant celles des autres, que de l'acquérir à titre nouveau. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Déshéritance, n° 5, et *Quest.*, v° Propres, § 2, n° 4 et 5 ; Battur, I, 259 ; Toullier, XII, 159 ; Duranton, XIV, 200 ; Zachariæ, § 507, note 32 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 120 ; Odier, I, 135 ; Rodière et Pont, I, 615 ; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1 ; Troplong, I, 662 ; Amiens, 3 mars 1815, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 219. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, I, p. 219 ; Paris, 2 juin 1817, Sir., 18, 2, 38.

94 Cette solution serait sans doute contestable, si l'on devait admettre que la disposition du premier alinéa de l'art. 1408 n'est qu'une conséquence ou une application de l'art. 883. Encore, dans ce système, faudrait-il, pour la combattre, établir que cette disposition ne s'explique que par la rétroactivité du partage, et qu'elle n'a aucune autre raison d'être que cette rétroactivité. Ce ne serait qu'à cette condition qu'il pourrait être permis d'invoquer la maxime *Cessante legis ratione, cessat lex*, pour restreindre l'application du premier alinéa de l'art. 1408, dont le texte comprend toute acquisition de portion d'un immeuble, sans distinguer si cette acquisition fait ou non cesser l'indivision. Mais c'est à tort qu'on

Enfin, elle s'étend également à l'acquisition de parts indivises dans une succession composée de meubles et d'immeubles, en ce sens que les immeubles qui en dépendent, deviennent propres à l'époux cohéritier [95].

Les propositions précédentes s'appliquent, non-seulement à l'hypothèse où l'acquisition a été faite par l'époux copropriétaire seul, mais encore à celle où elle a été faite par les deux époux conjointement [96].

Que si le mari s'est rendu acquéreur, soit en son nom personnel, soit pour le compte de la communauté, soit même pour le compte

rattacherait la disposition précitée à celle de l'art. 883, et en se plaçant ua point de vue que nous avons indiqué à la note 90 *supra*, la proposition émise au texte ne saurait souffrir difficulté. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1 ; Amiens, 22 juin 1848, Sir., 48, 2, 673 ; Orléans, 13 août 1856, Sir., 56, 2, 646 ; Bourges, 20 août 1855, Sir., 57, 2, 265. Cpr. aussi : Req. rej., 30 janvier 1850, Sir., 50, 1, 279 ; Pau, 6 juin 1860, Sir., 61, 2, 131 ; Civ. rej., 30 janvier 1865, Sir., 65, 1, 140. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 609 et 610 ; Troplong, I, 661 ; Paris, 3 décembre 1836, Sir., 37, 2, 92 ; Douai, 13 janvier 1852, Sir., 52, 2, 213.

[95] Il est évident que le mot *immeuble* n'a pas été pris, dans l'art. 1408, pour désigner un corps certain, mais bien, par opposition au terme *meuble*, pour indiquer les objets qui, d'après leur nature, sont exclus de la communauté légale ; et dès lors le texte de cet article ne s'oppose nullement à ce qu'on en étende la disposition à l'acquisition de droits successifs immobiliers. Il y a, d'ailleurs, d'autant plus de raison de le faire, que l'esprit de la loi résiste à toute restriction que l'on voudrait établir à ce sujet. Quant à la difficulté que pourra présenter la fixation du montant de la récompense due à la communauté, dans le cas où la succession se composerait de meubles et d'immeubles, elle se résoudra par une ventilation, qui devient toujours nécessaire en pareil cas, pour déterminer la quote-part du passif tombant à la charge de la communauté, et celle qui incombe à l'époux cohéritier. Cpr. art. 1414. Troplong, I, 676. Amiens, 3 juin 1847, et 22 juin 1848, Sir., 48, 2, 673 et 675. Besançon, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 445. Bourges, 20 août 1855, Sir., 57, 2, 265. Pau, 6 juin 1860, Sir., 61, 2, 131. Pau, 28 juin 1869, et Montpellier, 5 avril 1870, Sir., 70, 2, 331 et 238. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 627 ; Odier, I, 136 ; Riom, 15 novembre 1869, Sir., 70, 2, 39.

[96] Battur, I, 205. Bellot des Minières, I, p. 217. Taulier, V, p. 65. Odier, I, 140. Rodière et Pont, I, 599. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 1. Troplong, I, 667 et 668. Zachariæ, § 507, texte et note 31 et 36. Colmar, 20 janvier 1831, Sir., 32, 2, 355. Caen, 25 février 1837, Sir., 38, 2, 154. Lyon, 20 juillet 1843, Sir., 44, 2, 319. Amiens, 3 juin 1847 et 22 juin 1848, Sir., 48, 2, 673 et 675. Voy. cep. Toullier, XII, 165 et 166.

de la femme, mais sans mandat de celle-ci et sans son concours à l'acte d'acquisition[97], de la totalité d'un immeuble à elle appartenant par indivis, la femme a le choix, ou d'abandonner l'immeuble à la communauté, qui devient alors débitrice envers elle de sa part dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en tenant compte à la communauté, de la somme qu'elle aura payée à l'occasion de l'acquisition[98]. Art. 1408, al. 2[99].

La même option appartient à la femme, lorsque le mari a acheté, de gré à gré, les portions indivises des autres copropriétaires. En pareil cas toutefois, l'option se trouve, par la force même des choses, restreinte à ces portions, que la femme a la faculté, ou de réunir à la part qui lui appartient, ou d'abandonner à la communauté tout en conservant cette part, c'est-à-dire sans pouvoir être forcée de la céder, et sans pouvoir d'un autre côté contraindre le mari à l'acquérir[100].

97 La femme ne jouit plus de l'option indiquée au second alinéa de l'art. 1408, lsrsqu'elle a donné pouvoir à son mari d'acquérir pour elle un immeuble dont elle était copropriétaire, ou lorsqu'elle a concouru à l'acte d'acquisition. Dans l'un et l'autre cas, l'immeuble acquis lui reste propre, en vertu du premier alinéa de l'art. 1408. Toullier, XII, 164. Duranton, XIV, 204. Rodière et Pont, I, 629. Odier, I, 139. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 3. Zachariæ, § 507, note 34. Troplong, I, 670 et 671. — Ce dernier auteur va même beaucoup plus loin; il enseigne (n° 672) que si le mari, figurant seul au contrat, a déclaré acquérir au nom de la femme, cette circonstance suffit pour rendre propre à cette dernière l'immeuble acquis, sans qu'elle puisse répudier l'acquisition. Mais cette opinion est si évidemment contraire à l'esprit qui a dicté la disposition du second alinéa de l'art. 1408, et qui ressort également de l'art. 1435, qu'on ne doit pas s'y arrêter. Il ne saurait dépendre du mari, en déclarant qu'il acquiert pour le compte de la femme, de priver celle-ci de son droit d'option, et de lui imposer une acquisition qu'elle ne jugerait pas convenable d'accepter. Si, en parlant d'une acquisition faite par le mari seul, la loi ajoute, *et en son nom personnel*, c'est uniquement pour indiquer que, dans cette hypothèse même, la plus favorable au mari qui prétendrait conserver l'acquisition par lui faite, la femme n'en jouit pas moins du retrait, et nullement pour lui refuser le droit d'abandonner l'immeuble. Cpr. Civ. rej., 2 décembre 1867, Sir., 68, 1, 161.

98 Les héritiers de la femme jouissent également de cette option. Rodière et Pont, I, 632. Troplong, I, 677. — Les créanciers de la femme peuvent-ils exercer en son nom le droit d'option qui lui compète? Voy. pour l'affirmative: § 312, texte et note 37; Rodière et Pont, I, 633.

99 Cpr. sur cette disposition: *Dissertation*, par Babinet, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 682 et suiv.

100 En vain invoquerait on les expressions *ou d'abandonner l'effet, ou de re-*

La femme est autorisée à exercer l'option que lui accorde le second alinéa de l'art. 1408, même durant la communauté[101]. Mais

tirer l'immeuble, qui figurent dans le second alinéa de l'art. 1408, pour soutenir que la femme doit, en pareil cas, exercer son option sur l'immeuble tout entier, de sorte qu'en optant pour l'abandon, elle se trouve obligée d'y comprendre la part qu'elle avait elle-même dans l'immeuble. Cet argument ne pourrait avoir quelque valeur, qu'autant que la disposition du second alinéa de l'art. 1408 présenterait une rédaction complète, et susceptible de s'appliquer, dans les termes mêmes de la loi, non-seulement à l'hypothèse où le mari se serait rendu adjudicataire de la totalité de l'immeuble, mais encore à celle où il n'aurait acquis que les portions des consorts de la femme. Or, il suffit de lire avec quelque attention la disposition dont il s'agit pour reconnaître qu'il n'en est point ainsi. En effet, les expressions *ou d'abandonner l'effet*, *ou de retirer l'immeuble*, étant évidemment corrélatives, l'abandon ne peut porter que sur ce qui est également susceptible de retrait. Or, peut-il être question pour la femme de retirer la part dont elle était déjà propriétaire, et qui n'a jamais cessé de lui appartenir? D'un autre côté, il est tout aussi évident que les mots *laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix,* ne sont pas applicables à l'hypothèse dont nous nous occupons, puisque le mari n'ayant acquis que les portions des consorts de la femme, celle-ci n'a rien à réclamer dans le prix de l'acquisition qu'il a faite. Tandis qu'à l'inverse, les expressions finales *en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition,* ne concernent précisément que cette hypothèse. Tout cela prouve qu'il faut appliquer *distributive* la disposition du second alinéa de l'art. 1408, et en complétant, d'après la nature générale du retrait, les lacunes qu'elle présente. Cpr. Toullier, XII, 167; Rodière et Pont, I, 643; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 5. Voy. en sens contraire: Troplong, I, 685. Voy. aussi: Duranton, XIV, 206; Babinet, *op. et loc. citt.*, p. 705 et 706.

101 Plusieurs auteurs enseignent, en se fondant sur les mots *lors de la dissolution de la communauté,* du second alinéa de l'art. 1408, que la femme n'est pas admise à exercer son droit d'option durant la communauté; et cette manière de voir paraît être partagée par la Cour de cassation. Voy. Rodière et Pont, I, 634; Odier, I, 141; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 4; Req. rej., 25 juillet 1844, Sir., 44, 1, 614; Nancy, 9 juin 1854, Sir., 54, 2, 585. Mais nous ne voyons aucun motif rationnel pour interdire à la femme, le droit d'exercer durant la communauté l'option qui lui appartient, alors que cependant elle jouit, avec l'autorisation de son mari ou de la justice, d'une capacité pleine et entière en ce qui concerne la disposition de ses propres, et qu'elle peut notamment accepter les remplois offerts par le mari. Nous ajouterons que, dans bien des circonstances, la femme pourrait avoir un intérêt sérieux à exercer immédiatement le retrait, et que la rétroactivité, attachée à son option, ne lui offrirait pas toujours une garantie complète à l'encontre des tiers auxquels le mari aurait vendu l'immeuble sujet à retrait. Quant à l'argument tiré des mots cités au commencement de la

ce n'est qu'après sa dissolution qu'elle peut être contrainte à s'expliquer[102]. En l'absence de mise en demeure, la femme, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, conserve son droit d'option pendant trente ans, à partir de la dissolution de la communauté[103].

Faute par la femme d'avoir exercé le retrait dans le délai qui vient d'être indiqué, l'acquisition faite par le mari seul, soit de la totalité de l'immeuble dont elle était copropriétaire, soit des portions de ses consorts, forme définitivement un conquêt[104].

La femme venant à opter pour le retrait, son option a un effet rétroactif, et fait par conséquent évanouir les actes d'aliénation, ou de constitution de droits réels, consentis par le mari relativement à l'immeuble qui forme l'objet du retrait[105]. Mais il est bien entendu que, si la femme avait concouru à ces actes, elle serait obligée de les respecter.

Malgré la rétroactivité attachée à l'option de la femme, l'exercice du retrait n'a pas pour effet de la mettre au lieu et place du mari, vis-à-vis des anciens copropriétaires de l'immeuble, et de la rendre débitrice personnelle et directe envers eux du prix d'acquisition : elle ne peut être atteinte qu'indirectement par l'exer-

note, il se réfute par cette considération fort simple que, si la femme ne peut pas être forcée de faire son option durant la communauté, ce n'est pas une raison pour lui refuser la faculté de l'exercer avant sa dissolution. Voy. en ce sens : Babinet, *op. cit.*, p. 702 ; Troplong, I, 679 ; Flandin, *De la transcription*, I, 256 ; Lyon, 20 juillet 1843, Sir., 44, 2, 319.

[102] Riom, 29 mai 1843, Sir., 44, 2, 243.

[103] Cpr. Toullier, XII, 168 ; Duranton, XIV, 209 et 210 ; Taulier, V, p. 66 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 131 ; Rodière et Pont, I, 634 ; Odier, I, 141 ; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 4 ; Babinet, *op. cit.*, p. 701 ; Troplong, I, 680 ; Caen, 31 juillet 1858, Sir., 59, 2, 97. Voy. cep. Zachariæ, § 507, texte et note 37.

[104] Caen, 31 juillet 1858, Sir., 59, 2, 97. Cpr. Odier, I, 137 ; Nancy, 9 juin 1854, Sir., 54, 2, 785. Voy. cep. Troplong, I, 648. Cpr. aussi : Marcadé, sur l'art. 1408, n° 6.

[105] Toullier, XII, 170. Duranton, XIV, 209. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 130. Rodière et Pont, I, 641. Odier, I, 142. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 4. Babinet, *op. cit.*, p. 694 à 696, 707 à 709. Troplong, I, 649 à 654. Zachariæ, § 507, texte et note 38. Req. rej., 30 juillet 1816, Sir., 17, 1, 68. Riom, 20 mai 1839, Sir., 39, 2, 513. Grenoble, 18 juin 1854, Sir., 55, 2, 91.

cice du privilége du vendeur ou de l'action résolutoire[106]. Du reste, cette action, qui s'est ouverte contre le mari, réfléchirait contre la femme, alors même que, s'agissant d'une adjudication sur licitation, elle n'eût pu être exercée contre celle-ci, si elle s'était directement portée adjudicataire[107].

§ 508.

Du passif de la communauté.

Les dettes des époux communs en biens sont, ou des dettes de communauté, ou des dettes personnelles.

Les termes *dettes de communauté* et les termes *dettes personnelles* se prennent tous deux dans une acception, tantôt plus étendue, tantôt plus restreinte.

Les dettes de communauté, *sensu lato*, sont celles qui peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté ; les dettes personnelles, *sensu lato*, celles qui peuvent être poursuivies sur les biens propres des époux ou de l'un d'eux.

Les dettes susceptibles d'être poursuivies sur les biens de la communauté, frappent toujours aussi les biens propres de l'un des conjoints, et, selon les cas, ceux des deux époux [1]. Au contraire, les dettes qui affectent les biens de l'un des conjoints, ne peuvent pas toujours être poursuivies sur les biens de la communauté.

Les dettes susceptibles d'être poursuivies sur les biens de la communauté, mais qui ne peuvent l'être sur les biens propres de l'un des époux, forment, quant à cet époux, des dettes de communauté *sensu stricto*. Réciproquement, les dettes qui ne peuvent être poursuivies que sur les biens propres de l'un des époux, et non sur ceux de la communauté, constituent, quant à cet époux, des dettes personnelles *sensu stricto*.

Du reste, une dette qui, à l'égard du créancier, est tout à la fois une dette personnelle et une dette de communauté, peut, entre

[106] Rodière et Pont, I, 640. Civ. cass., 14 novembre 1854, Sir., 55, 1, 718. Riom, 4 juin 1857, Sir., 57, 2, 599.

[107] Cpr. Nancy, 9 juin 1854, Sir., 54, 2, 785.

[1] C'est ainsi que toutes les dettes de la communauté sont en même temps des dettes personnelles du mari ; et, qu'en général, les dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari, sont en même temps des dettes de communauté. Art. 1409, n° 2. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *b* ; § 510, texte n° 2, et note 2.

les conjoints, n'être qu'une dette de communauté, et donner ouverture, en faveur de l'époux qui l'aura acquittée sur ses propres biens, à une indemnité contre la communauté[2]. Réciproquement, une dette qui, à l'égard du créancier, est en même temps une dette de communauté et une dette personnelle, peut n'être, entre les époux, qu'une dette personnelle, et donner lieu, au profit de la communauté, des deniers de laquelle elle aura été acquittée, à une récompense contre l'époux débiteur[3].

Toute dette que la loi déclare dette de communauté, reste à la charge de celle-ci, même en ce qui concerne les rapports des conjoints entre eux, à moins que l'époux dont elle provient, ne se trouve à ce sujet soumis à une récompense envers la communauté, par quelque disposition légale.

Le passif de la communauté se compose :

1° De toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage.

On doit considérer comme mobilières, toutes les dettes qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, ou de quelque autre chose mobilière, lors même qu'elles auraient été contractées, soit pour l'acquisition, l'amélioration, ou l'affranchissement d'un immeuble[4], soit par suite de la vente d'un objet de cette nature[5], ou qu'elles se trouveraient garanties au moyen d'une hypothèque[6].

On doit également ranger parmi les dettes mobilières, celles qui n'ont pour objet que l'accomplissement d'un fait, encore que ce

2 C'est ce qui a lieu, en général, pour les dettes mobilières dont la femme était grevée au moment de la célébration du mariage. Art. 1486.

3 Cela a lieu, par exemple, pour les dettes que la femme a, dans son intérêt personnel, contractées avec l'autorisation du mari, et pour les dettes mobilières, antérieures au mariage, de l'un ou de l'autre des époux, lorsqu'elles sont relatives à des immeubles propres. Art. 1409, n°s 1 et 2. — On voit, d'après les explications qui précèdent, que la signification des termes *dettes de communauté* et *dettes personnelles*, varie selon le point de vue sous lequel on envisage les dettes des conjoints communs en biens, et surtout selon qu'il s'agit de leurs rapports avec des tiers, ou de leurs rapports entre eux.

4 Cpr. texte et note 24 *infra*.

5 Ainsi, l'obligation de payer des dommages-intérêts, à laquelle peut être soumis l'un des époux, à raison de la vente d'un immeuble appartenant à autrui, constitue une dette purement mobilière. Cpr. art. 1599.

6 Pothier, n° 936. Duranton, XIV, 216. Rodière et Pont, II, 728. Troplong, II, 713. Zachariæ, § 508, note 3. Douai, 6 janvier 1846, Sir., 46, 2, 533.

fait soit relatif à un immeuble, pourvu que, dans ce cas, il s'agisse d'une obligation correspondante à un droit personnel, et non à un droit réel[7]. Telles sont notamment : les obligations qui résultent du bail d'un immeuble, soit pour le bailleur, soit pour le preneur; les obligations accessoires à la délivrance d'un immeuble[8]; et l'obligation de garantir l'éviction d'un objet de cette nature[9].

Au contraire, les dettes immobilières dont les époux étaient grevées au jour de la célébration du mariage ne tombent pas dans le passif de la communauté[10].

Il faut envisager comme immobilières, l'obligation principale de délivrer, soit un immeuble déterminé que l'on possède[11], soit un immeuble indéterminé[12], ainsi que celle de constituer une servitude ou une hypothèque sur un immeuble dont on est propriétaire.

[7] Battur, I, 277. Rodière et Pont, II, 726. Odier, I, 151 et 152. Troplong, II, 710. Zachariæ, § 508, note 5.

[8] Les dommages-intérêts que devrait le débiteur d'un immeuble, soit pour cause de retard dans la délivrance de cet immeuble, soit à raison de fruits par lui perçus, ou de dégradations que l'immeuble aurait subies, formeraient une dette purement mobilière. Pothier, n° 244. Odier, *op. et loc. citt.*

[9] Cette obligation, qui a pour objet principal l'accomplissement d'un fait, et qui se résout en dommages-intérêts, est essentiellement mobilière. Duranton, XIV, 225. Rodière et Pont, I, 722. Odier, *op. et loc. citt.* Troplong, II, 712. Voy. en sens contraire : Battur, I, 268.

[10] Pothier, n° 237. Merlin, *Rép.*, v° Communauté, § 3, n° 2. Zachariæ, § 508, texte et note 21.

[11] Rodière et Pont, II, 723. Odier, I, 152. Troplong, II, 715. — Au contraire, l'obligation de délivrer un immeuble que l'on ne possède pas, ou de constituer une hypothèque ou une servitude sur un immeuble dont on n'est pas propriétaire, se résout nécessairement en dommages-intérêts. Cpr. texte, notes 5 et 9 *supra*. Toullier, XII, 212. Duranton, XIV, 225. Rodière et Pont, I, 542.

[12] Pothier, n° 243. Toullier, XII, 212. Battur, I, 268. Rodière et Pont, II, 727. C'est à tort, selon nous, que Duranton (XIV, 225) considère l'obligation de délivrer un immeuble indéterminé, comme purement mobilière, en l'assimilant à l'obligation de délivrer un immeuble déterminé que l'on ne possède pas. Cette assimilation n'est pas exacte. L'exécution d'une obligation de la dernière espèce, étant matériellement impossible, se convertit forcément en dommages-intérêts. Mais rien n'empêche l'époux débiteur d'accomplir matériellement une obligation de la première espèce; et dès lors, il ne doit pas dépendre de lui d'en grever la communauté, en la faisant dégénérer en une obligation de dommages-intérêts.

On doit, au point de vue du passif de la communauté, assimiler aux dettes immobilières proprement dites, les dettes, même mobilières d'après leur objet, qui n'affectent qu'hypothécairement les immeubles propres de l'un des époux, et dont celui-ci n'est pas en même temps débiteur personnel[13], ainsi que les obligations légales qui, telles que l'obligation de concourir à l'établissement d'une clôture, incombent au propriétaire d'un immeuble, en cette qualité, et dont il peut s'affranchir par l'abandon de l'immeuble.

Les dettes mobilières que l'on prétendrait avoir été contractées par la femme[14] dès avant le mariage, ne tombent dans la communauté, qu'autant qu'elles se trouvent constatées par des actes qui ont acquis date certaine avant la célébration du mariage[15]. En l'absence de cette condition, elles ne peuvent être poursuivies que sur la nue propriété des immeubles propres de la femme[16].

13 Pothier, n° 238. Duranton, IV, 220. Rodière et Pont, I, 733. Odier, I, 159. Troplong, II, 715. Zachariæ, § 508, texte et note 3.

14 Le principe que l'art. 1410 pose, en ce qui concerne les dettes de la femme, est sans application à celles du mari, puisque la communauté est même tenue des dettes que, pendant le mariage, le mari a contractées sans le concours de la femme. Zachariæ, § 508, texte III, p. 183.

15 Il semblerait, d'après le premier alinéa de l'art. 1410, qu'un acte sous seing privé, souscrit par la femme, n'a date certaine à l'égard du mari, qu'autant qu'il a été, antérieurement au mariage, revêtu de la formalité de l'enregistrement, ou que l'une des parties qui l'ont signé, est décédée avant cette époque. Mais il n'est pas douteux qu'un pareil acte ne doive également être considéré comme ayant acquis date certaine, lorsqu'il a été relaté dans un acte authentique, antérieur au mariage. Sous ce rapport, la rédaction de l'art. 1410 est incomplète. Cpr. art. 1328. Toullier, XII, 202. Rodière et Pont, II, 711. Odier, I, 154. Marcadé, sur l'art. 1410, n° 3. Troplong, II, 772. — Ce dernier auteur (II, 773) reconnaît même aux tribunaux le pouvoir de déclarer, d'après des faits graves et concluants, l'antériorité des dettes de la femme, et il invoque en ce sens un arrêt de la Cour de Grenoble du 13 mai 1831 (Sir., 32, 2, 582). Mais cette manière de voir, que repoussent les autres auteurs ci-dessus cités, ne nous paraît pas admissible, parce qu'elle est en opposition directe, non-seulement avec le texte de l'art. 1410, mais encore avec l'esprit qui en a dicté la disposition. Quant à l'arrêt invoqué par M. Troplong, il statue sur une hypothèse toute différente, on peut même dire inverse, de celle dont s'occupe l'art. 1410.

16 Le créancier de la femme peut-il, lorsque son titre n'est pas susceptible d'être opposé au mari, saisir, pendant la durée de la communauté, une somme que la femme s'est réservée pour son entretien personnel? Cette question doit être résolue négativement, par le motif que l'entretien de la femme tomberait,

Toutefois, si le mari avait payé une dette de cette nature, il n'en pourrait demander la récompense à la femme ou à ses héritiers, sous prétexte qu'ils ne justifieraient pas que cette dette ait existé antérieurement au mariage [17]. Art. 1410. D'un autre côté, l'aveu du mari qu'une dette de la femme est antérieure au mariage, le rend non recevable à opposer, comme chef de la communauté, le défaut de date certaine du titre qui la constate [18].

La disposition de l'art. 1410 souffre exception, en ce qui concerne les conventions dont l'objet ne dépasse pas la valeur de 150 fr., ou dont la loi admet la preuve testimoniale même au-dessus de cette somme, en ce sens que le créancier est admis à établir, à l'aide de cette preuve, non-seulement la convention elle-même, mais encore son antériorité au mariage [19]. Elle souffre également exception, quant aux dettes commerciales de la femme qui était marchande publique avant son mariage, en ce que la date de ces engagements est susceptible d'être fixée d'après les éléments à l'aide desquels leur existence même peut être établie [20].

Cette disposition est d'ailleurs étrangère aux obligations qui

par suite de la saisie, à la charge de la communauté. Rodière et Pont, II, 717. Odier, I, 156. Troplong, II, 581. Zachariæ, § 508, note 7, *in fine*. Civ. cass., 9 août 1820, Sir., 20, 1, 426.

17 Cette règle est fondée sur ce qu'en payant une pareille dette, le mari reconnaît implicitement qu'elle a été contractée avant le mariage. Aussi nous semble-t-il que le mari aurait droit à une indemnité, si, en payant, il avait déclaré ne le faire que pour éviter l'expropriation des biens de la femme. et sous la réserve expresse de ses droits. Bellot des Minières, I, p. 273. Battur, I, 288. Odier, I, 157. Marcadé, sur l'art. 1410, nº 3. Zachariæ, § 508. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 783. — Il est bien entendu, que le mari aurait, même en l'absence de toute réserve, droit à une indemnité, s'il s'agissait d'une dette à raison de laquelle la femme devrait récompense, même dans le cas où cette dette se trouverait constatée par un acte ayant acquis date certaine avant le mariage. Duranton, XIV, 230. Marcadé, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 719. Taulier, V, p. 72. Zachariæ, § 508, note 8, *in fine*.

18 Req. rej., 12 janvier 1857, Sir., 57, 1, 353.

19 Rodière et Pont, II, 710. Odier, I, 155. Marcadé, sur l'art. 1410, nº 3. Troplong, II, 777.

20 Rodière et Pont, II, 713. Troplong, II, 778. Req. rej., 17 mars 1830, Sir., 30, 1, 134. Angers, 2 avril 1851, Sir., 51, 2, 529. Poitiers, 26 février 1856, Sir., 56, 2, 594. Caen, 6 décembre 1858, Sir., 59, 2, 227. Paris, 10 juillet 1866, Sir., 67, 2, 42. Rennes, 28 mai 1867, Sir., 68, 2, 224.

procèdent de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit[21].

Les dettes mobilières dont l'un ou l'autre des époux se trouve grevé au jour de la célébration du mariage, tombent en entier dans la communauté, encore que le montant de ces dettes dépasse la valeur du mobilier de l'époux qui en est débiteur[22]. D'un autre côté, la règle posée par le n° 1 de l'art. 1409 s'applique même aux dettes que la femme peut avoir contractées dans l'intervalle de la passation du contrat de mariage à la cébration de l'union conjugale[23].

La communauté n'a pas, en général, droit à récompense pour le paiement des dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage.

Par exception à cette règle, chacun des époux doit récompense à la communauté à raison des dettes qu'il avait contractées, pour l'acquisition, l'amélioration, ou l'affranchissement d'immeubles dont il était encore propriétaire au jour de la célébration du mariage, et à raison des soultes ou retours de partage et d'échange de pareils immeubles[24]. Art. 1409, n° 1[25].

21 Duranton, XIV, 230. Rodière et Pont, II, 710. Odier, I, 155. Marcadé, sur l'art. 1410, n° 3. Troplong, II, 775 et 776.

22 Toullier, XII, 200. Duranton, XIV, 213. Odier, I, 153. Rodière et Pont, II, 705. Zachariæ, § 508, note 1.

23 Aucune disposition de la loi n'excepte ces dettes de la règle générale qu'établit le n° 1er de l'art. 1409, et qui se trouve encore corroborée par les art. 1399 et 1410. L'argument qu'on voudrait tirer du deuxième alinéa de l'art. 1404, ne serait pas concluant : *Non eadem est ratio*. Bellot des Minières, I, p. 222. Duranton, XIV, 219. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 144. Odier, I, 158. Taulier, V, p. 170 et 171. Rodière et Pont, II, 714. Marcadé, sur l'art. 1410, 1°, n° 3. Zachariæ, § 508, texte et note 9. — Delvincourt (III, p. 11) pense que la femme doit récompense à la communauté à raison des dettes dont s'agit. M. Battur (I, 290) va encore plus loin, et soutient, avec Lebrun, que de pareilles dettes ne peuvent, en aucune manière, être poursuivies contre le mari ou à son préjudice.

24 Ce sont les dettes de cette espèce que les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans le n° 1er de l'art. 1409, entendu désigner par les termes *dettes relatives aux immeubles propres de l'un ou de l'autre des époux*. Cpr. Pothier, n° 239; Toullier, XII, 210; Duranton, XIV, 214; Troplong, II, 704 et suiv.; Zachariæ, § 508, texte et note 13.

25 Suivant Duranton (XIV, 234), les dettes mobilières des successions immobilières, échues à l'un des époux avant le mariage, donneraient également lieu

C'est ainsi spécialement, que l'époux, propriétaire d'un immeuble acquis, avant le mariage, au moyen d'une rente viagère, doit récompense à la communauté pour le service des arrérages de la rente[26]. Seulement la récompense ne portera-t-elle, en pareil cas, que sur la somme dont les arrérages auront dépassé les revenus de l'immeuble[27].

L'exception établie par l'art. 1409, n° 1, s'applique, par identité de raison, aux dettes relatives à des objets mobiliers dont l'un des époux s'est, par une clause spéciale du contrat de mariage, réservé la propriété.

Quoique les dettes mobilières des conjoints, au jour de la célébration du mariage, tombent dans la communauté, chacun des époux n'en reste pas moins personnellement obligé envers ses créanciers, qui conservent, contre lui et sur ses biens, tous leurs droits et actions[28]. Cette règle ne souffre de modification que relativement aux dettes de la femme dont l'antériorité au mariage n'est pas légalement établie à l'égard du mari. Ainsi, toutes les autres dettes de la femme peuvent être poursuivies sur la pleine propriété de ses immeubles, lors même qu'elle n'aurait procédé qu'avec l'autorisation de la justice sur la demande en condamnation formée par ses créanciers[29]. Ces dettes peuvent même être poursuivies, contre la femme, par voie de contrainte par corps, lorsqu'elle s'y trouve légalement soumise.

à récompense, en vertu de la disposition finale du n° 1 de l'art. 1409. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse étendre cette disposition exceptionnelle à de pareilles dettes, qui grèvent l'hérédité comme telle, et qui ne sauraient être considérées comme directement relatives aux immeubles qui en dépendent. Rodière et Pont, II, 743. Marcadé, sur l'art. 1410, 3°, n° 2. Douai, 6 janvier 1846, Sir., 46, 2, 533.

26 *Nec obstat*, art. 1409, n° 3. Quand un immeuble est acquis moyennant une rente viagère, la rente forme le prix de l'immeuble, et constitue ainsi une dette relative à l'héritage propre de l'acquéreur. Req. rej., 13 juillet 1863, Sir., 63, 1, 329.

27 Ce ne sera, en effet, que dans cette mesure, que l'époux, propriétaire de l'immeuble, aura profité du paiement des arrérages par la communauté. Cpr. § 511, note 11.

28 Les créanciers des époux, même antérieurs au mariage, n'ont cependant, en cette qualité, aucun droit de préférence à faire valoir contre les créanciers de la communauté. Cpr. Zachariæ, § 508, note 12, *in fine*.

29 Vazeille, *Du mariage*, II, 369. Zachariæ, § 508, texte et note 12.

Le passif de la communauté se compose :

2° Des dettes et charges, mobilières ou immobilières[30], dont se trouvent grevées les successions ou donations mobilières qui échoient ou qui sont faites à l'un des époux pendant le mariage[31]. Lorsque la succession ou la donation est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté, que jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle le mobilier doit y contribuer, eu égard à sa valeur comparée à celle des immeubles. Art. 1409, n° 1, 1411 à 1418[32].

3° Des dettes contractées pendant le mariage, soit par le mari, soit par la femme avec l'autorisation du mari[33]. Il importe peu que les dettes ainsi contractées par la femme, l'aient été dans l'intérêt de la communauté, ou dans son intérêt personnel[34]. Art. 1409, n° 2.

4° Des intérêts et arrérages, échus pendant le mariage, des dettes personnelles aux époux[35], c'est-à-dire, tant de celles qui ne sont pas tombées dans la communauté[36], que de celles qui n'y sont entrées qu'à charge de récompense de la part de l'époux qui en était débiteur[37]. Art. 1409, n° 3.

30 L'art. 1409, n° 1, ne paraît mettre à la charge de la communauté, que les dettes mobilières des successions mobilières qui échoient aux époux pendant le mariage. Mais le même principe s'applique aux dettes immobilières, par exemple, à l'obligation contractée par le défunt qui n'a délaissé aucun immeuble, de livrer un immeuble indéterminé : *Non sunt bona, nisi deducto ære alieno*. Aussi l'art. 1411 pose-t-il la règle dans des termes généraux, qui excluent toute distinction. Pothier, n° 260. Battur, I, 324 et 329. Odier, I, 172. Rodière et Pont, II, 743. Marcadé, sur l'art. 1410, 3°, n°s 1 et 2. Troplong, II, 787. Zachariæ, § 508, texte et note 14.

31 Il est bien entendu que, si les objets mobiliers donnés à l'un des époux pendant le mariage, se trouvaient, en vertu d'une clause spéciale de l'acte de donation, exclus de la communauté, celle-ci ne serait pas tenue des charges de la donation de ces objets.

32 Les dispositions de ces articles seront plus amplement expliquées au § 513.

33 Ce principe sera développé au § 509.

34 Zachariæ, § 508, texte et note 15.

35 Ces intérêts et arrérages sont à la charge de la communauté, comme usufruitière des biens propres des époux. Cpr. art. 612.

36 Telles sont, par exemple, les dettes immobilières des époux au jour de la célébration du mariage, et les dettes qui grèvent les successions immobilières qui leur échoient pendant le mariage.

37 Telles sont, par exemple, les dettes mobilières relatives à des immeubles propres à l'un des époux. Cpr. texte et note 24 *supra*.

5° Des charges qui pèsent sur les biens propres des époux, et qui, d'après les principes généraux sur l'usufruit, forment des charges usufructuaires. Art. 1409, n° 4[38].

6° Des dépenses qui sont à considérer comme des charges du mariage, telles que les dépenses relatives au ménage, à l'entretien des époux, et à l'éducation des enfants communs[39]. Les frais d'entretien et d'éducation, soit des enfants que l'un des conjoints a procréés dans un précédent mariage, soit des enfants naturels qu'il a reconnus avant le mariage, sont également à la charge de la communauté[40], à moins que ces enfants ne possèdent un revenu suffisant pour subvenir à leurs besoins, auquel cas ces frais doivent être prélevés sur leur revenu[41].

7° Des dettes procédant d'une *versio in rem*, qui s'est opérée au profit de la communauté[42].

8° Enfin, des frais d'apposition de scellés et de l'inventaire dressé après la dissolution de la communauté[43], ainsi que des frais de partage et de liquidation de la masse commune. Art. 1482.

Les dettes qui ne rentrent dans aucune des catégories ci-dessus indiquées, ne sont pas, à moins d'une clause contraire du contrat de mariage, à la charge dé la communauté. Ainsi, elle n'est tenue, ni des dettes immobilières des époux au jour de la célébration du

38 Cpr. § 228. La rédaction du n° 4 de l'art. 1409 est incomplète, en ce qu'elle ne mentionne que les réparations usufructuaires, sans parler des autres charges de l'usufruit.

39 *Quid* de ces dépenses, au cas où les époux vivent séparés l'un de l'autre ? Voy. § 470 ; § 509, texte n° 7, notes 40 et 41.

40 Ces frais doivent, en effet, être considérés comme des dettes mobilières, antérieures au mariage. Toullier, XII, 298. Duranton, XIV, 262. Rodière et Pont, II, 853 et 854. Troplong, II, 757 et 758. Zachariæ, § 508, texte et note 19. Caen, 29 mars 1844, Sir., 44, 2, 348. Paris, 19 avril 1865, Sir., 65, 2, 35. — Si la reconnaissance d'un enfant naturel par l'un des époux n'avait eu lieu que pendant le mariage, quoique par jugement, l'entretien de l'enfant ne serait pas à la charge de la communauté. Cpr. § 568 *quater*, texte n° 2. Civ. cass., 16 décembre 1861, Sir., 62, 1, 420.

41 Pothier, n° 270. Toullier, XII, 298. Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, II, 759. Bastia, 29 décembre 1856, Sir., 57, 2, 333.

42 Cpr. § 509, texte n° 5, et note 31. Zachariæ, § 508, texte n° 85.

43 Ces frais sont à la charge de la communauté, lors même que l'apposition des scellés et la confection de l'inventaire ont été provoquées par la femme, qui a renoncé plus tard à la communauté. Rouen, 1er juillet 1841, Sir., 41, 2, 490.

mariage[44], ni des dettes, mobilières ou immobilières, dont se trouvent grevées les successions ou donations immobilières qui leur échoient ou qui leur sont faites pendant le mariage[45]. Art. 1412.

Il est, du reste, bien entendu que les dettes contractées par l'un des époux après la dissolution de la communauté, ne sont pas à la charge de cette dernière. Il en est de même des dépenses auxquelles le décès de l'un des époux donne lieu, tels, par exemple, que les frais funéraires, les droits de mutation[46], et le deuil de la veuve[47]. Art. 1481.

Les créanciers de la communauté n'ont, en cette seule qualité, aucun droit de préférence à exercer sur les biens communs, au détriment des créanciers personnels des époux[48].

§ 509.

De l'administration de la communauté.

1° *Des pouvoirs du mari sur les biens communs.*

Le mari est *seigneur et maître* de la communauté[1].

En cette qualité, il n'a pas seulement la libre administration des biens communs; il peut, sans le concours de la femme, les grever

[44] Voy. texte n° 1, notes 10 à 12 *supra.*

[45] Cpr. § 513.

[46] Ces frais et ces droits sont une charge de la succession de l'époux décédé. Pothier, n° 274. Toullier, XII, 301. Zachariæ, § 508, texte et note 22.

[47] Cpr. § 517, texte *in fine.*

[48] La question que nous décidons ici, ne peut guère s'élever pendant la durée de la communauté. Mais elle présente, après sa dissolution, un intérêt sérieux, dans le cas où les créanciers personnels de l'un des époux agiraient sur sa part dans les biens communs non encore partagés. La solution adoptée au texte se justifie par cette idée que, comme les sociétés civiles en général, la communauté ne constitue pas une personne morale (§ 505, texte et note 2), et ce, par des raisons analogues à celles que nous avons développées à la note 16 du § 377. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. III, n° 20. Besançon, 24 juin 1858, Sir., 59, 2, 39. Civ. rej., 18 avril 1860, Sir., 60, 1, 305. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1763 et suiv.; Bordeaux, 6 juillet 1832, Sir., 32, 2, 54.

[1] Voy. sur le sens et la portée de la maxime : § 505, texte et notes 3 et 4. Cpr. aussi : texte n° 2, et note 21 *infra.*

de servitudes ou d'hypothèques, et les aliéner sous telles conditions qu'il lui plaît, même avec réserve d'usufruit à son profit, ou moyennant une rente viagère, constituée sur sa tête seule, ou stipulée réversible en sa faveur [2]. Art. 1421.

D'un autre côté, il ne doit aucune indemnité à la femme, lorsqu'il dissipe ou laisse dépérir ces biens [3].

La femme n'est pas admise à former opposition aux actes d'administration ou de disposition du mari. Elle n'a d'autre ressource, pour mettre ses intérêts à l'abri de la mauvaise gestion de ce dernier, que de provoquer la séparation de biens.

Quelque étendus que soient les pouvoirs conférés au mari, en sa qualité de seigneur et maître de la communauté, il doit cependant les exercer sans fraude. Les actes par lui passés sont à considérer comme frauduleux, non-seulement lorsqu'ils ont eu pour objet de lui procurer, ou de procurer à ses héritiers, un avantage au détriment de la communauté ; mais encore lorsque, sans aucune intention de s'avantager ou d'avantager les siens, le mari ne les a faits qu'en haine de sa femme et dans la vue de la frustrer. Dans l'une et l'autre hypothèse, la femme est en droit de se faire indemniser par le mari. Elle est même admise à demander, contre les tiers, la révocation des actes passés à leur profit, lorsqu'ils se sont rendus complices de la fraude commise par celui-ci. Cette complicité, qui, dans les circonstances ordinaires, ne doit être admise qu'avec la plus grande réserve, pourra l'être plus facilement, lorsqu'il s'agira d'actes passés en prévision d'une dissolution imminente de la communauté, dont les tiers auraient eu connaissance. C'est ce qui a lieu, dans l'hypothèse prévue par l'art. 271, et pour les actes passés par le mari, soit dans les derniers moments de sa vie, soit à la veille de la mort de sa femme [4].

[2] Rennes, 16 juin 1841, Sir., 41, 2, 553. Orléans, 14 mai 1864, Sir., 65, 2, 71. — Toutefois, l'usufruit ou la rente, ainsi réservé ou constituée, appartiendrait, malgré les termes de l'acte de vente, à la communauté, en ce sens, qu'en cas de survie du mari, les émoluments s'en partageraient entre lui et les héritiers de la femme. Cpr. § 507, note 9.

[3] Pothier, n° 470. Odier, I, 214. Rodière et Pont, II, 867. Troplong, II, 858. Zachariæ, § 509, texte et note 3; et § 511, texte n° 2.

[4] Comme le dit fort bien Coquille (*Questions et réponses*, quest. 96), la seigneurie de la communauté est atttribuée au mari *quatenus bona fides patitur, non etiam ut fraudibus via aperiatur.* C'est aussi ce qui a toujours été reconnu par nos anciens auteurs. Voy. Lebrun, liv. I, chap. V, dist. I, n° 60; Pothier,

Le droit de disposition du mari sur les biens communs est d'un autre côté soumis aux restrictions suivantes :

a. Il ne peut disposer entre-vifs, à titre gratuit, ni des immeubles de la communauté[5], ni de la totalité ou d'une quotité[6] du mobilier de celle-ci, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs, par mariage ou autrement[7].

Mais il est autorisé à donner à toutes personnes, même à ses enfants d'un premier mariage[8], des objets mobiliers spécialement et individuellement désignés, quels qu'en soient la quantité et la valeur[9], pourvu d'ailleurs que la donation ne soit pas faite en fraude des droits de la femme, et spécialement que le mari ne se réserve pas l'usufruit des objets donnés[10]. Art. 1422.

n° 467. Ces idées doivent, à plus forte raison, être appliquées sous l'empire du Code Napoléon, qui a apporté aux pouvoirs du mari, des restrictions inconnues dans l'ancien Droit. Troplong, II, 871 et suiv. Rodière et Pont, II, 876. Colmar, 25 février 1857, Sir,, 57, 2, 321. Cpr. aussi les arrêts cités à la note 2 *supra*.

[5] Le Code Napoléon a, sous ce rapport, restreint les pouvoirs que les coutumes, et notamment celle de Paris, attribuaient au mari, relativement aux biens communs. Aux termes de l'art. 225 de cette deruière coutume, le mari pouvait disposer, sans le consentement de la femme, des immeubles communs «*par donation ou autre disposition entre-vifs, à son plaisir et voloaté, à personne capable, et sans fraude.*»

[6] Cpr. Rouen, 25 janvier 1860, Sir., 61, 2, 204.

[7] On irait contre l'esprit de la loi, en prenant le terme *établissement* dans le sens restreint d'un établissement par mariage. Cpr. art. 204.

[8] Les donations d'objets mobiliers déterminés, faites par le mari à ses enfants d'un premier lit, donnent bien lieu, comme nous le dirons, à récompense envers la communauté ; mais elles sont valables en elles-mêmes et opposables à la femme. Art. 1469. Marcadé, sur l'art. 1422, n° 4. Rodière et Pont, II, 885. Civ. rej., 13 janvier 1862, Sir., 62, 1, 249. Cpr. aussi : Bellot des Minières, I, p. 236 et 237, 415 et 416. Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Communauté, § 3, n° 5, et § 5, n° 5 ; Toullier, XII, 228 et 229 ; Zachariæ, § 509, texte et note 5. Ces derniers auteurs semblent admettre que de pareilles donations ne donnent pas seulement ouverture à récompense, mais sont nulles en elles-mêmes.

[9] Toullier, XII, 311. — Cependant l'excès d'une pareille donation donnerait facilement à présumer, lors même qu'elle aurait eu lieu au profit d'un étranger, que le mari l'a faite en fraude des droits de la femme. Pothier, n° 481. Battur, II, 537. Troplong, II, 887.

[10] *Quid* si l'usufruit avait été réservé au profit des deux époux ? Voy. Douai, 28 décembre 1867, Sir., 68, 2, 13.

Le mari qui a fait donation à des tiers, d'objets mobiliers déterminés ou de sommes d'argent, ne doit pas, pour cette cause, de récompense à la communauté [11]. Il en est autrement, lorsqu'il s'agit d'une donation faite par le mari à un de ses enfants d'un premier lit. Art. 1469.

Quoique le mari jouisse, pour l'établissement des enfants communs, d'une liberté absolue de disposer de la totalité du mobilier, et même des immeubles de la communauté, il ne lui appartient cependant pas de dispenser l'enfant donataire de l'obligation éventuelle de rapporter la moitié des biens donnés à la succession de sa mère. En cas d'acceptation de la communauté, la dispense de rapport attachée à la disposition n'aurait d'effet que pour la moitié dont le rapport serait dù, sans la dispense, à la succession paternelle [12].

Les donations faites par le mari en dehors des limites déterminées par l'art. 1422, ne sont pas opposables à la femme, qui peut demander, lorsqu'elle accepte la communauté, que les biens donnés soient compris au partage [13]. Ce droit cependant ne lui appartiendrait plus, si elle avait concouru à ces actes [14], soit comme codo-

11 Arg. *a contrario*, art. 1469. Req. rej., 18 mars 1862, Sir., 62, 1, 869. Req. rej., 30 avril 1862, Sir., 62, 1, 1036.

12 La dispense de rapport ne peut, en effet, procéder que de la volonté personnelle de celui à la succession de qui le rapport serait dû. Dans le système contraire, la femme se trouverait privée, du moins en partie, de la faculté de disposer de la portion de biens disponible. Douai, 26 janvier 1861, Sir., 61, 2, 372.

13 Civ. cass., 14 août 1855, Sir., 55, 1, 776. Nancy, 17 mai 1861, Sir., 61, 2, 473. — L'action compétant à cet effet à la femme est immobilière ; et si la restitution, ne pouvant s'opérer en nature, s'effectue en valeurs mobilières, ces valeurs n'appartiennent pas au donataire ou légataire du mobilier. Req. rej., 16 février 1852, Sir., 53, 1, 18.

14 Suivant une opinion assez accréditée, le concours ou le consentement de la femme à la donation immobilière faite par le mari, ne la rendrait pas non recevable à la critiquer. Voy. Delisle, *Consultation*, Sir., 44, 2, 386 ; Odier, I, 225 ; Rodière et Pont, II, 879; Marcadé, sur les art. 1421 à 1423, n° 2 ; Bourges, 10 août 1840, Sir., 41, 2, 357 ; Caen, 3 mars 1843, Sir., 44, 2, 386. Voy. aussi : Douai, 29 août 1855, Sir., 55, 2, 739. Mais cette opinion doit, à notre avis, être rejetée. Le rapprochement des art. 1421 et 1422 prouve que le législateur, en interdisant au mari de disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, après lui avoir permis de les aliéner à titre onéreux *sans le concours de la femme*, a simplement voulu le soumettre, pour les dispositions à titre

natrice, soit même simplement pour y donner son adhésion[15]. Du reste, dans le cas même où une donation, faite par le mari

gratuit, à la nécessité d'obtenir ce concours. La restriction apportée au pouvoir du mari étant uniquement établie dans l'intérêt de la femme, on ne voit pas pourquoi il lui serait défendu de renoncer à l'effet de cette restriction. En vain dit-on que, dans ce système, la femme ne se trouvera plus suffisamment protégée, puisqu'il est à craindre que son consentement ne soit déterminé par l'ascendant ou l'obsession du mari. Cette objection est en opposition avec les principes fondamentaux du régime de communauté, sous lequel la femme, dûment autorisée, jouit d'une entière capacité de s'engager ou de disposer de ses biens. En vain aussi prétend-on que la donotion serait nulle pour moitié, comme entachée d'une condition potestative, en ce qu'il dépendrait de la femme de la rendre inefficace à son égard, en renonçant à la communauté. Cet argument, qui resterait sans application à l'hypothèse où la femme se serait bornée à donner son consentement à la donation faite par le mari seul, n'est pas même exact dans l'hypothèse où elle a participé à la donation, comme codonatrice pour moitié. En effet, la renonciation à la communauté ne portera aucune atteinte à l'efficacité de la donation, qui ne pourra être attaquée, ni par la femme, à laquelle sa renonciation aura fait perdre toute espèce de droits sur les biens de communauté, ni par le mari qui, ayant autorisé la femme à disposer pour moitié d'une chose dont il serait censé, en cas de renonciation de la part de celle-ci à la communauté, avoir été seul propriétaire, sera par cela même non recevable à critiquer la disposition qu'elle aura faite de cette moitié. La seule question qui puisse s'élever en pareil cas, c'est de savoir si la femme devra indemniser son mari pour la moitié de la valeur des biens donnés ; et cette questton, qui ne concerne que les rapports des époux, est complétement étrangère au sort de la donation. Delvincourt, III, p. 34. Duranton, XIV, 272. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Communauté, n° 356. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 206. Taulier, V, p. 88. Troplong, II, 903 à 906. Zachariæ, § 509, note [illegible], *in fine*. Riom, 5 janvier 1844, Sir., 44, 2, 385 et 388. Amiens, 15 février 1849, Sir., 49, 2, 174. Req. rej., 5 février 1850, Sir., 50, 1, 337. Req. rej., 29 avril 1851, Sir., 51, 1, 329. Poitiers, 10 juin 1851, Sir., 51, 2, 609. Paris, 21 novembre 1861, Dalloz, 62, 2, 206. Toulouse, 24 mars 1866, Sir., 66, 2, 352. Besançon, 2 juin 1866, Sir., 67, 2, 9. Req. rej., 31 juillet 1867, Sir., 68, 1, 36.

[15] Cpr. Nancy, 17 mai 1861, Sir., 61, 2, 473. Lorsque la femme, après avoir concouru comme codonatrice à la donation faite par le mari, renonce à la communauté, elle doit, en général, indemnité au mari pour moitié de la valeur des objets donnés. Il en serait cependant autrement si, d'après les circonstances, la femme pouvait être considérée comme étant intervenue à la donation, non pour exercer personnellement un acte de libéralité, mais seulement comme commune en biens, et pour renoncer par son adhésion au droit éventuel de critiquer cette donation.

seul, serait déclarée non opposable à la femme, elle n'en devrait pas moins avoir son effet par rapport au mari ou à ses héritiers, soit que les objets donnés tombent dans leur lot, soit qu'ils tombent dans le lot de la femme. Au dernier cas, le donataire aurait droit de réclamer, contre le mari ou ses héritiers, la valeur de ces objets[16]. Arg. art. 1423.

b. Le mari ne peut, par acte de dernière volonté, ou au moyen d'une institution contractuelle, disposer des biens communs que jusqu'à concurrence de sa part dans la communauté. Lorsqu'il a ainsi donné, soit un immeuble, soit un objet mobilier de la communauté, le donataire ou légataire n'est autorisé à réclamer cet objet en nature qu'autant que, par l'événement du partage, il est tombé au lot des héritiers du mari. Au cas contraire, ces derniers doivent lui en payer la valeur. Art. 1423[17].

[16] Toullier, XII, 314. Duranton, XIV, 275. Odier, I, 223. Rodière et Pont, II, 889. Marcadé, sur les art. 1421 à 1423, n° 5. Nancy, 17 mai 1861, Sir., 61, 2, 473. Voy. cep. Troplong, II, 891. D'après cet auteur, le donataire ne pourrait, au cas où l'immeuble donné est tombé au lot de la femme, réclamer du mari, que la valeur de la moitié de cet immeuble. Il se fonde sur ce que ce dernier ne saurait être tenu à garantie pour la part de la femme, à raison du caractère frauduleux dont la donation de cette part se trouverait entachée. Mais ce motif nous paraît doublement erroné. Il est d'abord évident qu'il ne s'agit pas ici d'une question de garantie ; et M. Troplong le reconnaît lui-même, en convenant que le mari doit bonifier au donataire, la moitié de la valeur de l'immeuble donné, ce à quoi il ne serait pas tenu, à moins d'une promesse formelle, si on devait décider la question d'après les principes relatifs à la garantie d'éviction. D'un autre côté, la donation d'un conquêt, faite par le mari seul, ne saurait être considérée comme un acte frauduleux, puisqu'elle ne peut, en aucun cas, préjudicier à la femme. De quel droit, d'ailleurs, le mari viendrait-il se prévaloir d'une fraude qu'il aurait commise, pour se soustraire à l'obligation d'exécuter, sinon *in specie*, du moins en valeur, la donation qu'il a faite ? Nous ajouterons que si la femme, au lieu de demander que l'immeuble donné soit compris au partage, se borne à réclamer une indemnité de la moitié de la valeur de l'immeuble, la donation subsistera pour le tout, le mari se trouvant obligé au paiement de cette indemnité. Or, on ne comprendrait pas que l'option de la femme pût influer sur le sort de la donation.

[17] La disposition du second alinéa de l'art. 1423 ne doit pas être étendue aux legs faits par la femme. Voy. §§ 675 et 676, note 17. — Cette disposition serait-elle applicable au cas où le testament du mari n'aurait été fait qu'après la dissolution de la communauté ? Voy. pour la négative : Paris, 6 mai 1861, Sir., 61, 2, 322.

La disposition de l'art. 1423 s'applique, en principe, et sauf interprétation contraire de la volonté du testateur, aux donations testamentaires faites par le mari à la femme elle-même [18].

c. La femme peut, en cas de séparation de biens, demander l'annulation des actes d'aliénation d'objets de la communauté, consentis par le mari depuis l'introduction de la demande, par cela seul que ces actes lui portent préjudice. Arg. art. 1445. Si cependant la séparation de biens ne s'est opérée que comme conséquence d'une séparation de corps, la femme n'est admise à critiquer ces actes, vis-à-vis des tiers, qu'à charge de prouver que le mari les a faits en fraude de ses droits, et que les tiers avec lesquels il a traité, ont été complices de cette fraude [19]. Arg. art. 271.

L'administration de la communauté est, pour le mari, comme chef de l'association conjugale, non-seulement un droit, mais aussi un devoir, dont il ne peut se décharger sur la personne de la femme. Le mandat qu'il donnerait à celle-ci de gérer les affaires communes, ne la soumettrait pas à toutes les obligations, que l'acceptation d'un mandat impose, en général, au mandataire : elle ne serait tenue qu'à la restitution des sommes ou valeurs qu'elle aurait retenues, ou dont elle aurait disposé dans son intérêt personnel, et ne répondrait que de son dol [20].

2° *Des engagements contractés par le mari durant la communauté.*

Tous les engagements contractés par le mari durant la communauté, par convention ou quasi-contrat, ou même par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, grèvent la communauté [21].

18 Rodière et Pont, II, 893. Req. rej., 18 mars 1862, 1, 893.

19 Cpr. sur ces deux propositions : § 516, texte n° 6, et note 49 ; § 494, texte n° 3, et notes 18 à 23.

20 Rodière et Pont, II, 791. Req. rej., 18 décembre 1834, Sir., 36, 1, 849. Req. rej., 8 février 1853, Sir., 53, 1, 425. Orléans, 20 janvier 1859, Sir., 59, 2, 273. Besançon, 18 novembre 1862, Sir., 63, 2, 107.

21 Art. 1409, n° 2, cbn. 1424 et 1425. Ce principe, qui était universellement reconnu dans l'ancien Droit, est une conséquence du pouvoir de disposer conféré au mari par le deuxième alinéa de l'art. 1421. Toullier, XII, 217. Duranton, XIV, 246. Rodière et Pont, II, 828 et 829. Odier, I, 191. Troplong, II, 720 et 726. Zachariæ, § 509, texte et note 10. — En combinant le principe dont il s'agit avec la règle que toutes les dettes de la communauté peuvent être poursui-

Il importe peu, en ce qui concerne les engagements conventionnels, que le mari les ait contractés dans son intérêt personnel ou dans celui d'un tiers, ou qu'il ait agi dans l'intérêt de la communauté, et que celle-ci en ait ou non profité [22].

Le principe que toutes les dettes contractées par le mari grèvent la communauté, s'applique même aux amendes qu'il a encourues par suite d'un délit de Droit criminel. Art. 1424.

Toutefois, et par exception à ce principe, la communauté n'est tenue, ni de l'amende, ni mêmes des réparations civiles et des dépens [23], auxquels le mari aurait été condamné, avant la loi du 31 mai 1854, par suite d'un crime emportant mort civile [24]. Art. 1425.

vies pour le tout sur les biens personnels du mari (cpr. § 510), on peut dire que les biens de la communauté sont, en ce qui concerne les créanciers personnels du mari et ceux de la communauté, censés former partie intégrante du patrimoine du mari.

22 Pothier, n° 248. Toullier, XII, 217. Rodière et Pont, II, 830. Troplong, II, 721 à 725. Cpr. note 25 *infra*.

23 Le mot *condamnations*, dont se sert l'art. 1425, comprend les réparations civiles et les dépens, aussi bien que l'amende. Toullier, II, 223. Odier, I, 242 *bis*. Rodière et Pont, II, 838. Zachariæ, § 508, texte et note 24. Colmar, 29 décembre 1849, Sir., 52, 2, 193.

24 Cette restriction, déjà admise dans l'ancien Droit, n'y avait été primitivement introduite que pour les condamnations accompagnées de la confiscation de biens, et en haine de cette confiscation. Plus tard, elle fut appliquée, par des motifs de faveur pour la femme, aux amendes et aux réparations civiles dues par suite de tout crime emportant la peine capitale. Pour justifier cette restriction, on disait que les amendes ne sont dues qu'en vertu des jugements de condamnation; et que le jugement portant condamnation à une peine capitale, emportant par lui-même mort civile, et par suite la dissolution de la communauté, celle-ci ne pouvait être chargée d'une dette qui ne prenait naissance qu'au moment de sa dissolution. Mais ces motifs, dont l'exactitude était contestable, même sous l'ancien Droit, et qui, en tout cas, ne s'appliquaient pas aux dommages-intérêts, lesquels, bien évidemment, sont dus par le fait même du crime, avaient perdu toute valeur sous l'empire du Code Napoléon, puisque, d'après ce Code, la mort civile ne résultait plus de la condamnation à l'une des peines auxquelles elle était attachée, mais seulement de l'exécution d'une pareille condamnation. La disposition de l'art. 1425 constitue donc, en ce qui concerne les condamnations prononcées contre le mari, une véritable anomalie, qui ne peut aucunement se justifier au point de vue théorique. Cpr. Toullier, XII, 220 et 221; Duranton, XIV, 297; Battur, I, 316.

D'un autre côté, le mari doit récompense à la communauté pour toutes les dettes qu'il a contractées dans son intérêt personnel[25], ainsi que pour les amendes prononcées contre lui à raison de délits de Droit criminel. Art. 1424. Mais il ne doit récompense, ni pour les amendes de discipline qu'il a encourues dans l'exercice des fonctions dont il est revêtu[26], ni pour les réparations civiles auxquelles il a été condamné par suite d'un crime ou d'un délit[27].

25 Le mari ne devrait pas récompense pour une dette contractée dans l'intérêt d'un tiers, aux affaires duquel il était étranger. Pothier, n° 248. Troplong, II, 729. Cpr. texte et note 22 *supra*.

26 Rodière et Pont, II, 837, p. 133, note 1.

27 La disposition de l'art. 1424, qui ne met à la charge de la communauté que sauf récompense, les amendes prononcées contre le mari pour crime n'emportant pas mort civile, est une innovation législative. Comme elle déroge au principe que le mari peut disposer à son gré des biens communs, elle doit être restreinte aux amendes proprement dites, et ne peut être étendue aux condamnations en dommages-intérêts prononcées contre le mari par suite d'un délit. Ce qui confirme cette manière de voir, c'est la différence des termes dont les rédacteurs du Code Napoléon se sont servis dans les art. 1424 et 1425. Dans ce dernier article, en effet, ils ont employé le mot *condamnations*, qui, par sa généralité, embrasse tant les condamnations civiles que les amendes, tandis que, dans le premier, ils ont employé le mot *amendes*, qui a une signification propre et restreinte. On peut ajouter qu'en soumettant le mari à une récompense pour les amendes prononcées contre lui, les rédacteurs du Code ont probablement été guidés par la considération que les amendes, comme les peines en général, ne doivent frapper que l'auteur du délit en répression duquel elles ont été encourues. Or, il est évident que cette considération ne s'applique point aux réparations civiles dues à raison d'un délit. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 224 et 225 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 162 ; Odier, I, 244 ; Troplong, II, 917 et 918 ; Zachariæ, § 509, note 12, *in fine;* Douai, 30 janvier 1840, Sir., 40, 2, 322. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 33 ; Vazeille, *Traité du mariage*, II, 371 ; Bellot des Minières, I, p. 433, 457 ; Duranton, XIV, 298 ; Battur, I, 316 ; Rodière et Pont, II, 838 ; Marcadé, sur l'art. 1424, n° 1 ; Taulier, V, p. 91. Ces auteurs enseignent que le mari doit récompense à la communauté, non-seulement pour les amendes, mais encore pour les condamnations civiles prononcées contre lui par suite d'un délit. Mais l'interprétation extensive qu'ils donnent à l'art. 1424, est contraire à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. D'ailleurs, les arguments sur lesquels ils se fondent prouvent trop : il en résulterait, en effet, que le mari devrait récompense pour les condamnations en dommages-intérêts prononcées contre lui par suite de tout délit de Droit civil, et même de tout quasi-délit, thèse qui est évidemment insoutenable.

Les emprunts contractés par le mari pendant le mariage, sont présumés l'avoir été dans l'intérêt de la communauté. La femme ou ses héritiers ne peuvent donc réclamer de récompense à raison de pareils emprunts, lorsqu'ils ont été remboursés, ni, au cas contraire, en demander le retranchement du passif, sous le prétexte qu'il ne serait pas justifié que la communauté en a profité : ils sont tenus, pour faire admettre leur prétention, d'établir que les deniers empruntés ont servi à l'acquittement de dettes personnelles du mari, ou que celui-ci en a, d'une manière quelconque, tiré un profit personnel [28].

3° *De l'exercice des droits et actions relatifs aux biens communs.*

Comme seigneur et maître de la communauté, le mari est autorisé à exercer seul, et sans le concours de la femme, tous les droits et actions concernant les biens communs, et en particulier les actions relatives aux biens tombés dans la communauté, ou qui doivent y tomber du chef de la femme.

Le mari est de plus autorisé à exercer seul les actions qui appartiennent à la communauté comme usufruitière des biens propres de la femme. Il peut donc former toutes les actions relatives à ces biens, même les actions pétitoires, en tant que son intérêt l'exige pour assurer ou conserver l'exercice de l'usufruit auquel ils sont soumis au profit de la communauté [29]. Toutefois, comme les juge-

28 Civ. cass., 19 juillet 1864, Sir., 64, 1, 441.

29 Il ne faut pas confondre, ainsi que l'ont fait certains commentateurs du Code, les actions relatives aux biens propres de la femme, que le mari est autorisé à exercer comme chef de la communauté, et à raison de l'usufruit qui appartient à cette dernière, avec les actions qu'il est autorisé à exercer comme administrateur légal des biens de la femme. Cpr. § 510. Si, en cette dernière qualité, le mari ne peut exercer seul les actions pétitoires, relatives aux immeubles de la femme, il le peut, comme chef de la communauté, mais en tant seulement que celle-ci a la jouissance des immeubles auxquels ces actions se rapportent. Il suit de là que, quant aux immeubles dont la jouissance même a été réservée à la femme, le mari est sans qualité pour intenter seul les actions pétitoires qui les concernent. — Toullier (XII, 384 et suiv.), Carré (*De la compétence,* II, 255), Bellot des Minières (I, p. 484), Battur (II, 552) et Zachariæ, (§ 509, texte et note 14) accordent au mari l'exercice des actions pétitoires de la femme, tant en qualité d'administrateur des biens propres de celle-ci, qu'à raison de la jouissance qui appartient à la communauté. D'après cette manière de voir, qui a été

ments qui interviendraient contre le mari seul sur des actions pétitoires, ne pourraient être opposés à la femme, les tiers contre lesquels le mari a introduit une pareille action, ont la faculté de provoquer la mise en cause de celle-ci [30].

Réciproquement, le mari peut être actionné seul pour toutes les dettes communes, et notamment pour les dettes mobilières de la femme qui sont tombées dans la communauté. Néanmoins, les créanciers de la femme ont intérêt, pour obtenir hypothèque sur ses biens, de l'actionner conjointement avec le mari [31].

Le mari n'a pas qualité pour défendre seul aux actions immobilières concernant les propres de la femme [32].

4° *Des engagements contractés par la femme durant la communauté.*

a. *Des engagements qu'elle a contractés seule, ou avec l'autorisation de justice.*

La femme ne peut, en principe, engager la communauté qu'autant qu'elle agit avec l'autorisation du mari. Art. 1426.

La communauté n'est donc pas tenue des obligations que la femme a contractées par suite d'un quasi-contrat, d'un délit, ou

adoptée par les considérants d'un arrêt de la Cour de Colmar (17 avril 1817, Sir., 18, 2, 277), et par ceux de deux arrêts de la Cour de cassation (Civ. cass., 14 novembre 1831, et Req. rej., 15 mai 1832, Sir., 32, 1, 388 et 390), le mari aurait qualité pour exercer seul, même les actions pétitoires relatives aux immeubles dont la jouissance a été réservée à la femme. Or, nous ne saurions admettre cette conséquence, contraire au principe que l'administrateur de la fortune d'autrui ne peut, en cette qualité, former les actions pétitoires concernant les immeubles dont la gestion lui est confiée. Quant à M. Duranton (XIV, 316), il refuse, d'une manière absolue, au mari, le droit de former seul des actions pétitoires relatives aux immeubles de la femme. Mais l'argument *a contrario* que cet auteur tire de l'art. 1428, al. 2, n'est pas concluant en ce qui concerne les immeubles dont la communauté a la jouissance. Voy. dans le sens de la distinction que nous avons établie : Odier, I, 273 à 276 ; Taulier, V, p. 99; Rodière et Pont, II, 907 ; Marcadé, sur l'art. 1428, n° 1 ; Troplong, II, 1005 à 1009.

30 Zachariæ, *loc. cit.* Civ. cass., 14 novembre 1831, et Req. rej., 15 mai 1832, Sir., 32, 1, 388 et 390. Voy. aussi les autorités cités à la note précédente.

31 Pothier, n° 473. Merlin, *Rép.*, v° Communauté de biens, § 5, n° 2.

32 Req. rej., 29 avril 1839, Sir., 39, 1, 445. Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 511.

d'un quasi-délit[33], ni des amendes prononcées contre elle à raison d'un délit de Droit criminel (art. 1424), à supposer d'ailleurs que le mari soit demeuré étranger aux faits qui ont donné naissance à ces obligations.

La communauté n'est pas davantage tenue des engagements contractés par la femme, et des condamnations judiciaires prononcées contre elle, lorsqu'elle n'a agi ou plaidé qu'en vertu de l'autorisation du juge; peu importe qu'elle ait obtenu cette autorisation sur le refus du mari, ou par suite de son absence ou de son incapacité. Art. 1426.

Cette règle souffre cependant exception en ce qui concerne les dettes que la femme a contractées avec l'autorisation de la justice, soit pour tirer le mari de prison[34], ou pour payer sa rançon[35], soit, en cas d'absence de celui-ci[36], pour l'établissement des enfants communs[37]. Ces dettes grèvent la communauté, comme si la femme les avait contractées avec l'autorisation du mari. Art. 1427[38].

33 Il en est cependant autrement en matière de contraventions de police rurale, et de délits forestiers ou de pêche. Cpr. § 447, note 49, *in fine*.

34 L'exception indiquée au texte ne s'étend point aux obligations que la femme ne contracterait que pour empêcher son mari d'aller en prison. Toullier, XII, 235. Duranton, XIV, 301. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 181. Troplong, II, 968. Voy. en sens contraire sur le dernier point : Rodière et Pont, II, 820 ; Marcadé, sur l'art. 1427, n° 2.

35 Toullier, Duranton, Marcadé, *locc. citt.* Rodière et Pont, II, 819.

36 Peut-on, sous ce rapport, assimiler au cas de l'absence du mari, celui de son interdiction? Nous ne le pensons pas. La femme doit, dans cette dernière hypothèse, se conformer à l'art. 511, dont la disposition, conçue en termes généraux, s'applique au régime de la communauté, comme à tout autre. Duranton, XIV, 302. Odier, I, 258. Rodière et Pont, II, 826. Troplong, II, 963.

37 Cpr. art. 1555 ; Proudhon, I, p. 272 ; Duranton, XIV, 303 ; Rodière et Pont, II, 825 ; Marcadé, *loc. cit.*

38 La disposition exceptionnelle de l'art. 1427 est fondée, en ce qui touche les dettes contractées par la femme pour tirer son mari de prison, sur ce qu'elle remplit un devoir en s'engageant pour cet objet (art. 212), et sur ce que le mari profite évidemment de son engagement. Quant aux dettes contractées pour l'établissement des enfants communs, la disposition de l'art. 1427 repose sur ce qu'en s'engageant dans ce but, la femme remplit une obligation naturelle qui lui est commune avec son mari. Zachariæ (§ 509, note 30) ne nous paraît pas avoir saisi le véritable caractère de l'art. 1427, qu'il considère, non comme une

D'un autre côté, lorsque la femme s'est engagée dans l'intérêt de la communauté, quoique avec la simple autorisation de justice, ou même sans aucune autorisation, la communauté est tenue de l'engagement jusqu'à concurrence du profit qu'elle en a retiré [39].

b. *Des engagements contractés par la femme avec l'autorisation du mari.*

Contrairement à la règle *Qui auctor est, non se obligat*, les engagements contractés par la femme commune en biens, avec l'autorisation du mari, obligent ce dernier comme chef de la communauté, et sont, par suite, susceptibles d'être poursuivis sur les biens communs. Art. 1419 et 1409, n° 2 [40]. Il importe peu que ces engagements aient été contractés dans l'intérêt de la communauté, ou qu'ils l'aient été pour les affaires personnelles de la femme [41]. Seulement dans ce dernier cas, la femme devra-t-elle récompense à la communauté, ou indemnité au mari, pour celles de ces dettes qui auraient été acquittées des deniers de la communauté ou de ceux du mari.

Si, par une cause quelconque, le mari se trouvait libéré de l'obligation résultant pour lui de l'autorisation donnée à sa femme, sans que celle-ci fût également libérée de son engagement personnel, le créancier ne serait pas admis à poursuivre sa créance, ou

exception à la règle posée par l'art. 1426, mais comme une application du prétendu principe que l'autorisation de justice entraîne les mêmes conséquences que celle du mari, lorsque ce dernier ne se trouve pas en position de l'autoriser. La fausseté de ce principe ressort, jusqu'à l'évidence, du texte même de l'art. 1426, et de son rapprochement de l'art. 1427.

39 Le mari ne peut, en pareil cas, être recherché par l'action *negotiorum gestorum*, mais seulement par l'action *de in rem verso*. Battur, I, 301. Troplong, II, 744, 950 et 972. Zachariæ, § 509, texte et note 18 et 21. Civ. rej., 3 février 1830, Sir., 30, 1, 136.

40 La disposition de l'art. 1419, spéciale au régime de la communauté, repose sur la présomption, établie en faveur des tiers, que la femme qui s'oblige avec l'autorisation du mari, le fait dans l'intérêt de ce dernier, comme chef de la communauté.

41 En réservant la récompense ou l'indemnité que la femme peut devoir à la communauté ou au mari, à raison des obligations qu'elle a contractées avec l'autorisation de ce dernier, l'art. 1419 suppose virtuellement que la communauté et le mari se trouvent engagés, alors même que l'obligation a été exclusivement contractée dans l'intérêt personnel de la femme, puisque ce n'est que dans cette hypothèse qu'elle peut être tenue à récompense ou à indemnité.

ce qui en resterait dû, sur les biens de la communauté. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le mari, tombé en faillite, avait obtenu un concordat et payé le dividende promis[42].

La femme, autorisée par son mari à faire le commerce, oblige ce dernier, et par suite la communauté, par les engagements qu'elle contracte pour les besoins de son commerce[43]. Art. 220, al. 1er.

Le principe que l'autorisation du mari engage la communauté, alors même que l'acte auquel elle s'applique est relatif aux biens personnels de la femme, souffre exception, quand il s'agit d'une autorisation donnée, soit pour aliéner des biens propres à la femme, soit pour accepter une succession immobilière qui lui est échue. La communauté n'est tenue, ni de l'obligation de garantie contractée par la femme, ni des dettes grevant la succession qui lui est échue[44]. Art. 1413 et 1432. L'autorisation du mari n'a

[42] Le créancier, tout en conservant son action sur les biens personnels de la femme, ne pourrait pas, du chef de celle-ci, poursuivre le solde de sa créance sur les biens de la communauté maintenue entre les époux. Rodière et Pont, II, 787. Paris, 24 janvier 1855, Sir., 55, 2, 81. Cpr. aussi : Paris, 18 octobre 1854, Sir., 55, 2, 85. Voy. en sens contraire : Lyon, 23 juillet 1858, Sir., 59, 2, 615. Cet arrêt suppose que la communauté forme un être moral, ayant un patrimoine distinct de celui des époux, et admet que la femme, en contractant avec l'autorisation du mari, engage *directement* la communauté, qui restera liée pour le solde de la dette, bien que le mari personnellement se trouve libéré par l'effet du concordat. A notre avis, cette conclusion porte en elle la condamnation de l'opinion de ceux qui considèrent la communauté comme une personne morale, placée entre les époux ou à côté d'eux. Dans le système de la Cour de Lyon, l'engagement contracté par la femme avec l'autorisation du mari, produirait, sur les biens de la communauté, un effet que n'aurait pas l'obligation contractée directement par le mari, et créerait entre les créanciers de la communauté une distinction que rien ne saurait justifier. Comment d'ailleurs admettre que le créancier, envers lequel la femme s'est engagée avec l'autorisation du mari, puisse, avant la dissolution de la communauté, exercer, du chef de sa débitrice, des poursuites sur les biens communs, auxquels elle n'aura définitivement droit qu'en acceptant la communauté ? Enfin, il ne faut pas oublier que les biens communs font partie, en cas de faillite du mari, de l'actif de la masse dont ils forment d'ordinaire l'élément le plus important : et l'on ne comprendrait point que le concordat ne libérât pas ces biens, dans l'intérêt du mari, comme il libère ses biens personnels.

[43] Cpr. § 472, texte n° 4, et notes 70 à 73. Zachariæ, § 509, note 23.

[44] La loi écarte ici la présomption sur laquelle repose la disposition générale de l'art. 1419, en partant de l'idée que les tiers sont avertis, par l'objet même des actes dont il est question aux art. 1413 et 1432, que ces actes concernent

d'autre effet, en pareil cas, que de permettre à l'acquéreur ou aux créanciers de la succession de poursuivre leurs droits, même durant la communauté, sur la pleine propriété des biens de la femme [45].

Les dispositions exceptionnelles des art. 1413 et 1432 ne sont pas susceptibles d'être étendues à des actes qui offriraient plus ou moins d'analogie avec ceux dont ces articles s'occupent, alors même qu'en fait, ils auraient été passés dans l'intérêt de la femme, et qu'ils n'auraient procuré aucun avantage à la communauté ou au mari [46].

L'autorisation d'ester en justice donnée par le mari à la femme, a pour effet de grever la communauté des dépens auxquels la femme vient à être condamnée, ainsi que des dommages-intérêts prononcés à raison du préjudice causé à la partie adverse par le fait même du procès [47].

Mais l'autorisation donnée à la femme de défendre à une action mobilière dirigée contre elle, ne met pas à la charge de la communauté, le principal de la dette au paiement de laquelle elle a été condamnée, quand il s'agit d'une dette qui, d'après les principes exposés au § 508, ne tombe pas dans la communauté [48].

principalement les intérêts de la femme, et que la communauté n'y est intéressée que pour l'usufruit. Duranton, XIV, 308. Odier, I, 266. Rodière et Pont, II, 785. Demolombe, IV, 310. Marcadé, sur l'art. 1419, n° 1. Troplong, II, 846 et 1050. Voy. cep. Toullier, XII, 282; Bellot des Minières, I, p. 587 à 510.

[45] Cpr. § 472, texte n° 6, lett. *a*. et note 95.

[46] Demolombe, IV, 310. Rodière et Pont, II, 786. Marcadé, *loc. cit.* Odier, I, 192 et 247. Rouen, 27 mai 1854, Sir., 55. 2, 17. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 31 à 32; Battur, I, 332; Demante, *Thémis*, VIII, p. 166. Duranton, XIV, 248; Zachariæ, § 509, texte et note 24; Troplong, II, 846, et 1229 à 1231. L'éminent magistrat enseigne, en particulier, que l'enfant doté par sa mère avec la simple autorisation du père, n'a d'action pour le paiement de la dot constituée à son profit, ni contre ce dernier, ni contre la communauté. Il invoque à l'appui de cettte opinion divers passages de Lebrun et de Pothier. Mais ces auteurs ne s'occupent que de la récompense à laquelle le mari peut avoir droit en pareil cas, et nullement de la question de savoir si l'enfant a ou non action sur les biens du mari et de la communauté.

[47] Toullier, II, 658. Chauveau, sur Carré, I, quest. 548. Rodière et Pont, *loc. cit.*

[48] C'est évidemment à tort que Zachariæ (§ 509, texte et note 19) enseigne le contraire, à propos des obligations résultant d'un délit ou d'un quasi-délit, commis par la femme sans participation du mari.

c. *Des engagements contractés par la femme comme mandataire du mari.*

Lorsque la femme contracte, non point en son nom personnel, mais comme mandataire du mari, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, elle oblige celui-ci et la communauté, sans s'obliger elle-même. Art. 1420.

La femme est censée avoir mandat de son mari pour l'achat des fournitures de ménage et pour les commandes d'ouvrages relatifs à l'entretien de la famille, ainsi que pour le règlement des dettes contractées à ce sujet[49]. Il en résulte, d'une part, que le mari est tenu du paiement des dettes de cette nature, et, d'autre part, que les marchands et ouvriers n'ont d'action sur les biens personnels de la femme, ni pendant la durée de la communauté, ni après sa dissolution, à moins, bien entendu, qu'elle n'ait accepté la communauté, auquel cas elle se trouve coobligée au paiement de ces dettes, comme commune en biens[50].

Les règles qui viennent d'être posées, s'appliquent même à l'hypothèse où les époux ne font pas ménage commun, soit parce qu'ils se sont volontairement séparés, soit parce que le mari refuse de recevoir la femme au domicile conjugal[51]. Le mari est donc encore, dans cette hypothèse, seul tenu des dettes contractées par la femme pour son entretien personnel et celui de ses enfants. Il en serait toutefois autrement, si la femme avait quitté le domicile conjugal contre le gré du mari[52], ou même, selon les circonstances, si

[49] Dumoulin, sur les art. 112 et 114 *de l'ancienne Coutume de Paris*, n° 3. Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, obs. 19, n° 92. Lebrun, liv. II, chap. II, sect. II, n° 6. Pothier, n° 574. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, § 7. Toullier, XII, 261 à 273. Duranton, XIV, 250. Vazeille, *Du mariage*, II, 335. Bellot des Minières, I, p. 247. Odier, I, 251. Rodière et Pont, II, 792. Demolombe, IV, 169. Marcadé, sur l'art. 1420. Troplong, II, 839 et 840. Zachariæ, § 472, texte et note 44. Rennes, 11 décembre 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 367. Civ. rej., 14 février 1826, Sir., 26, 1, 332.

[50] Voy. les autorités citées à la note précédente; Zachariæ, § 472, texte et note 45.

[51] Rodière et Pont, II, 793. Marcadé, sur l'art. 1420, n° 2. Bordeaux, 8 juin 1839, Sir., 39, 1, 416. Req. rej., 13 février 1844, Sir., 44, 1, 662. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 272.

[52] Battur, I, 325. Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 473, texte et note 44.

l'ayant quitté de son consentement, elle recevait de lui une pension pour subvenir à ses besoins.[53]

Le mari ne peut se faire décharger des obligations contractées par la femme pour les besoins du ménage, son entretien personnel et celui des enfants, ni en justifiant qu'il lui a toujours remis les sommes nécessaires pour subvenir à ces dépenses, ni en prouvant qu'il était absent au moment où les fournitures ont eu lieu[54].

Mais il serait fondé à faire réduire les réclamations des marchands et ouvriers, s'il y avait excès manifeste dans leurs fournitures, eu égard à la condition et à la fortune des époux[55]. D'un autre côté, il pourrait, au moyen d'une défense, adressée directement et individuellement aux fournisseurs, de faire crédit à la femme, se mettre à l'abri de toute recherche de leur part[56]. Un avertissement collectif, donné par la voie des journaux, ne serait point, en général et à lui seul, suffisant pour produire cet effet[57].

Lorsque, par un motif quelconque, le mari parvient à se faire décharger, en tout ou en partie, des obligations contractées par la femme pour les causes qui viennent d'être indiquées, les marchands et ouvriers n'ont point, par cela seul, d'action à exercer contre celle-ci. Ils ne pourraient la poursuivre personnellement qu'autant que, vivant séparée de son mari, elle aurait frauduleusement caché sa qualité de femme mariée, ou que, d'après les circonstances, les fournitures à elle faites devraient être considérées comme ayant réellement tourné à son profit[58].

53 Besançon, 25 juillet 1866, Sir., 67, 2, 48.

54 Toullier, XII, 271. Glandaz, *Encyclopédie*, vº Communauté conjugale, nº 179. Rodière et Pont, II, 794. Paris, 1er mai 1823, Sir., 24, 2, 96. Bordeaux, 29 mars 1838, Sir., 38, 2, 389.

55 Riom, 21 novembre 1846, Sir., 47, 2, 243.

56 Toullier, XII, 262. Demolombe, IV, 170. Rodière et Pont, II, 796. Rennes, 11 décembre 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 367.

57 Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 1428, nº 2. Voy. cep. Zachariæ, *loc. cit.*

58 Toullier (XII, 272) et MM. Rodière et Pont (II, 797) semblent admettre que la femme est soumise à l'action *de in rem verso* toutes les fois, et par cela seul, que le mari se trouve dégagé. Mais cette manière de voir ne repose, à notre avis, que sur une idée inexacte de la *versio in rem*, qui ne saurait résulter du seul fait que la femme a reçu les fournitures à raison desquelles elle est recherchée, et qui suppose en outre qu'elle en a fait un emploi utile, en sa qualité de

Les règles spéciales que renferment les art. 1438 et 1439 sur les dispositions faites par les deux époux conjointement, ou par l'un d'eux, pour l'établissement de leurs enfants communs, ont été expliquées au § 500, auquel nous nous bornerons à renvoyer.

§ 510.

Des conséquences du régime de communauté, en ce qui concerne le patrimoine propre des époux.

1° La soumission au régime de la communauté fait perdre à chacun des époux personnellement, la jouissance de ses biens propres, dont les fruits et les revenus entrent dans le fonds commun[1]. Art. 1401, n° 2.

2° Ce régime a de plus pour effet, quant au mari, de lui rendre personnelles, toutes les dettes de la communauté indistinctement[2], en ce sens que le paiement peut, du moins durant la communauté[3], en être poursuivi, pour le total, sur ses biens propres, sauf l'indemnité qui, selon les cas, pourrait lui être due par la communauté ou par la femme. C'est ainsi qu'il aurait droit à une indemnité contre la communauté, s'il avait payé, avec des valeurs à lui propres, une dette qui y serait tombée de son propre chef, sans charge de récompense de sa part, et que, s'il avait acquitté, avec des deniers à lui appartenants, une dette de la femme, il aurait droit à une indemnité contre elle ou contre la communauté, selon que la dette ne serait tombée dans la communauté qu'à charge de récompense de la part de la femme, ou qu'elle y serait entrée d'une manière absolue.

femme mariée et de mère de famille. Serait-il possible d'admettre la *versio in rem* dans le cas, par exemple, où les engagements de la femme ayant été réduits comme excessifs, les fournisseurs voudraient répéter, contre cette dernière, la partie de leur créance pour laquelle ils n'auraient pas d'action contre le mari? Cpr. Req. rej., 30 novembre 1868, Sir., 69, 1, 219.

[1] Cpr. § 507, texte n° 2.

[2] Ainsi, les dettes qui sont entrées dans la communauté du chef de la femme, et celles qu'elle a contractées, fût-ce dans son intérêt personnel, avec l'autorisation du mari, peuvent être poursuivies pour le tout contre ce dernier, tant que la communauté n'est pas dissoute. Art. 1409, n° 1, et 1419.

[3] Cpr. art. 1485, et § 520, n° 1.

Sauf les modifications qui viennent d'être indiquées, les droits et les obligations du mari relativement à son patrimoine propre, sont les mêmes que s'il n'existait pas de communauté de biens entre lui et sa femme.

3° La soumission au régime de la communauté fait perdre à la femme, non-seulement la jouissance, mais encore l'administration de ses biens propres, laquelle passe au mari en qualité de chef de la communauté. Il en est ainsi quant à l'administration, même en ce qui concerne les biens dont la jouissance seule aurait été réservée à la femme. Art. 1428, al. 1.

La femme peut cependant se réserver, par une clause du contrat de mariage, l'administration de tout ou partie de ses biens propres, et, à plus forte raison, le droit de toucher annuellement, sur ses revenus et sur ses seules quittances, une certaine somme pour son usage personnel. La somme ainsi réservée constitue pour elle une propriété personnelle, de sorte que si, malgré son opposition, le mari touche la totalité de ses revenus, elle a le droit d'exiger la restitution des sommes indument retenues à son préjudice [4].

Les tiers, donateurs ou testateurs, peuvent aussi réserver au profit de la femme, l'administratien des biens dont ils disposent en sa faveur [5].

Comme administrateur des biens propres de la femme, le mari est soumis aux obligations qui pèsent sur tout administrateur de la fortune d'autrui. Ainsi, il doit les gérer en bon père de famille, et il répond de leur perte ou dépérissement, lorsqu'il a négligé d'apporter les soins convenables à leur conservation, ou qu'il a omis d'interrompre une prescription qui courait contre la femme. Art. 1428, al. 4, et 2254 [6]. Il peut même être déclaré responsable de la dot constituée à sa femme, si c'est par sa faute ou sa négligence qu'elle ne lui a pas été payée [7].

D'un autre côté, le mari jouit, quant aux biens propres de la femme, des pouvoirs qui appartiennent, en général, à tout administrateur légal de la fortune d'autrui.

Ainsi, il a le droit de louer les biens de la femme, de résilier les

[4] Cpr. § 504, texte et note 4. Civ. rej., 16 avril 1867, Sir., 67, 1, 252.

[5] Cpr. § 507, texte n° 1, notes 20 et 21.

[6] Cpr. § 214, texte A, n° 2, notes 17 et 18.

[7] Civ. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 187.

baux y relatifs [8], de poursuivre le recouvrement de ses créances propres et d'en toucher le montant [9], de les céder par voie de transport, et d'aliéner les meubles corporels dont elle s'est réservé la propriété [10].

Ainsi encore, il peut exercer seul les actions mobilières ou possessoires, relatives aux biens propres de la femme, lors même qu'il s'agirait d'une action concernant un objet mobilier ou un immeuble dont la jouissance lui eût été réservée. La femme n'est pas admise, sauf en cas de collusion, à attaquer, par tierce opposition, les jugements rendus contre le mari seul sur de pareilles actions [11]. Art. 1428, al. 2.

Le mari est, en principe, autorisé à toucher, sur ses seules quittances, les créances de la femme, alors même qu'il s'agit de sommes soumises à emploi ou remploi, en vertu d'une clause spéciale du contrat de mariage [12]. Il en serait toutefois autrement, s'il résultait de l'ensemble de ce contrat, que la femme a entendu se réserver, non-seulement le droit d'exiger immédiatement du mari l'emploi ou le remploi convenu, mais encore un recours contre les tiers qui auraient payé entre les mains de ce dernier, sans que cet emploi ou ce remploi eût été effectué. Dans ce cas, les paiements faits en dehors de toute participation ou approbation de la femme, ne seraient pas libératoires à son égard [13].

8 Paris, 26 février 1850, Sir., 51, 2, 796.

9 Paris, 19 juin 1838, Sir., 42, 2, 424, à la note. Angers, 26 juin 1842, Sir., 42, 2, 424. Req. rej., 25 juillet 1843, Sir., 51, 1, 258.

10 Voy. sur ces deux derniers points : § 522, texte n° 5, et note 33.

11 Mais la femme, dont les intérêts se trouveraient compromis par la faute ou la négligence du mari, aurait son recours contre ce dernier. Duranton, XIV, 315.

12 Une pareille clause ne doit pas, en principe, être considérée comme restrictive des pouvoirs du mari, Il est possible, qu'en la stipulant, la femme n'ait eu d'autre but que de se réserver comme propres les sommes à employer, ou de s'assurer le droit d'exiger un remploi immédiat des sommes provenant de l'aliénation de ses propres; et, dans le doute, c'est cette interprétation qu'il faut préférer, comme s'éloignant le moins des règles de la communauté légale. Rodière et Pont, I, 699. Rouen, 1er mars 1839, Dalloz, 1840, 2, 45. Bordeaux, 30 avril 1840, Dalloz, 1841, 2, 16. Bourges, 7 juin 1842, Dalloz, 1843, 2, 35. Civ. cass., 1er mars 1859, Sir., 59, 1, 402. Voy. en sens contraire : Odier, I, 316.

13 Si les clauses destinées à restreindre les pouvoirs du mari sur les biens communs, sont destituées de toute efficacité, il n'en est pas de même de celles

Le même principe et la même exception s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux cessions, consenties par le mari, de créances de la femme, soumises à une condition de remploi [14].

Les baux passés sans fraude [15], par le mari seul, de biens propres de la femme, lient cette dernière, même en cas de renonciation à la communauté [16]. Ce principe est cependant soumis aux restrictions suivantes :

a. Les baux faits pour un terme excédant neuf ans ne sont, après la dissolution de la communauté, obligatoires à l'égard de la femme ou de ses héritiers, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite. Le fermier ou locataire

qui ont pour objet de limiter ses pouvoirs, comme administrateur des biens personnels de la femme. Celle-ci, en effet, ayant le droit, même sous le régime de la communauté, de se réserver l'administration de certains de ses biens, elle a, par cela même, incontestablement la faculté, tout en laissant cette administration au mari, d'y attacher des restrictions ou conditions destinées à garantir ses intérêts. Or, de telles stipulations sont, d'après leur objet même, opposables aux tiers ; et il doit en être spécialement ainsi des clauses d'emploi et de remploi, lorsqu'il est certain qu'elles ont été stipulées dans le but de restreindre le pouvoir du mari, de toucher les sommes propres à la femme. Rodière et Pont, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 22 novembre 1820, Sir., 21, 1, 404. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1085. Suivant cet auteur, la clause d'emploi ou de remploi ne concernerait que les rapports des époux entre eux, et ne serait jamais opposable aux tiers, quels que fussent les termes dans lesquels elle aurait été conçue. Cette opinion, trop absolue à notre avis, est la suite de la confusion que l'on fait assez généralement, entre la question décidée au texte et celle de savoir si la clause d'emploi ou de remploi, stipulée dans un contrat de mariage qui établit le régime de la communauté, imprime aux propres de la femme un caractère plus ou moins prononcé d'inaliénabilité, de telle sorte qu'elle ne puisse renoncer au bénéfice de cette clause, et que les créanciers envers lesquels elle s'est obligée pendant le mariage, se trouvent privés du droit d'exercer des poursuites sur les biens qui en forment l'objet. Voy. sur cette dernière question : § 533, texte et note 10.

[14] Lyon, 11 juillet 1857, Sir., 58, 2, 6.

[15] Toullier, XII, 408. Zachariæ, § 510, texte et note 9. Cpr. Bordeaux, 2 février 1832, Sir., XXXII, 2, 421. — Le fait seul de la vileté du prix ne suffirait pas, en l'absence de toutes circonstances de fraude, pour autoriser la femme à demander l'annulation du bail. Toullier, *loc. cit.* Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1219. Troplong, *Du louage*, I, 154 ; *De la communauté*, II, 1030. Rodière et Pont, II, 924. Req. rej., 11 mars 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 412.

[16] Toullier, XII, 407. Zachariæ, § 510, texte et note 10.

n'a donc, en pareil cas, que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans qui court au moment de la dissolution de la communauté. Art. 1429.

b. Les baux, de quelque durée que ce soit[17], passés ou renouvelés plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons, ne sont pas obligatoires pour la femme ou pour ses héritiers, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté[18]; et, dans ce cas là même, ils ne peuvent leur être opposés que pour la période de neuf ans courant au moment de cette dissolution. Art. 1430 cbn. 1429.

Lorsque la femme ou ses héritiers s'opposent à la continuation d'un bail fait pour plus de neuf ans, ou qu'ils refusent d'exécuter un bail, de quelque durée que ce soit, passé ou renouvelé avant les époques qui viennent d'être indiquées, le preneur ne peut réclamer aucune indemnité contre le mari[19], à moins que celui-ci ne l'ait induit en erreur sur la propriété des biens, ou qu'il ne se soit porté fort, au nom de la femme ou de ses héritiers, pour l'exécution ou la continuation du bail après la dissolution de la communauté[20].

Le droit qui appartient au mari de louer, dans les limites qui

17 L'application de l'art. 1430 est indépendante de la durée pour laquelle ont été faits les baux dont il est ici question. Bellot des Minières, I, p. 497. Troplong, *Du louage*, I, 152; *De la communauté*, II, 1029. Rodière et Pont, II, 922. Marcadé, sur l'art 1430, n° 2. Zachariæ. § 510, texte et note 7. — C'est évidemment à tort que Proudhon (*De l'usufruit*, III, 1213) enseigne, en se fondant sur les termes de l'art. 1430, *les baux de neuf ans ou au-dessous*, que les baux de plus de neuf ans, passés ou renouvelés par le mari avant les époques indiquées dans cet article, sont absolument inefficaces à l'égard de la femme, même dans le cas où l'exécution en aurait commencé avant la dissolution de la communauté.

18 La circonstance que la communauté aurait duré jusqu'après l'époque à laquelle les baux auraient pu être valablement passés ou renouvelés, serait sans influence sur le sort de ces baux. Toullier, XII, 412. Zachariæ, § 510, note 8.

19 Il résulte de là, que la femme peut refuser d'exécuter de pareils baux, même dans le cas où elle succède au mari à titre universel. Rodière et Pont, II, 919, note 2. Bruxelles, 29 juillet 1812, Sir., 14, 2, 63.

20 Toullier, XII, 405 et 406. Bellot des Minières, I, p. 499. Duranton, XIV, 314. Rodière et Pont, II, 923. Marcadé, sur l'art. 1430, n° 3.

21 Civ. cass., 18 août 1868, Sir., 69, 1, 17.

viennent d'être indiquées, les biens de la femme, n'emporte pas pour lui, de sa nature, le droit de céder par anticipation les loyers qui resteraient à écheoir après la dissolution de la communauté [21].

Le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner les immeubles de celle-ci [22]. Il ne peut pas davantage, en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, exercer seul les actions pétitoires relatives à ces biens [23]. Art. 1428, al. 3, et arg. *a contrario* de l'al. 2 de cet article.

Lorsque le mari a aliéné seul un immeuble de la femme, celle-ci a le droit, même en cas d'acceptation de la communauté, de revendiquer cet immeuble en totalité. Elle n'est tenue, en pareil cas, que de contribuer pour moitié à la restitution du prix et au paiement des dommages-intérêts qui seraient prononcés au profit de l'acquéreur [24].

[22] On doit en conclure que le mari ne peut, sans le consentement de sa femme, concéder l'ouverture d'une carrière ou d'une minière sur un propre de celle-ci. Amiens, 30 novembre 1837, Sir., 38, 2, 369.

[23] Voy. cep. la distinction établie au § 509, texte n° 3, et note 20. Voy. aussi, quant aux actions en partage : art. 818, et § 621.

[24] La question de savoir si la femme, qui accepte la communauté, est admise à revendiquer son immeuble propre, aliéné par le mari seul, ne peut souffrir difficulté, lorsque cet immeuble a été vendu avec déclaration qu'il appartenait à la femme, ou lorsque, même en l'absence d'une pareille déclaration, l'acquéreur a connu cette circonstance. Dans ces cas, en effet, ce dernier n'a pas véritablement droit à garantie, et n'est admis qu'à répéter, *condictione sine causa*, le prix par lui payé. La controverse ne peut donc s'établir, d'une manière sérieuse, que sur l'hypothèse où le mari a vendu, comme lui appartenant, et à un acquéreur de bonne foi, un propre de sa femme. Nos anciens auteurs, à quelques rares exceptions près, n'avaient jamais mis en doute que celle-ci ne fût recevable à le revendiquer pour la totalité, et ne s'étaient divisés que sur la question de savoir si elle ne devait, en pareil cas, que la restitution de la moitié du prix, ou si elle se trouvait, en outre, soumise au paiement de la moitié des dommages-intérêts de l'acheteur. Voy. Choppin, *Sur la coutume de Paris*, liv. II, tit. I, n° 30; L'Hommeau, *Maximes*, liv. III, *De la communauté de biens*, p. 287 ; Charondas, *Réponses*, liv. X; Lalande, *Sur la coutume d'Orléans*, art. 187; Coquille, *Sur la coutume de Nivernois*, chap. XXIII, art. 4; Renusson, *De la communauté*, part. I, chap. VI, n°s 64 à 69; Lebrun, *De la communauté*, liv. II, chap. III, sect. I, n°s 38 et 39; Duplessis, *De la communauté*, liv. I, chap. IV, note *kk*; Boucheul, *Sur la coutume de Poitou*, art. 230, n° 10; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. III, tit. X, part. IV, chap. II, n°s 10 à 14. Pothier, qui dans son *Traité de la vente* (n° 180) avait d'abord enseigné, par application de la

Encore peut-elle, conformément à l'art. 1483, se décharger de cette obligation, en offrant d'abandonner à ce dernier son émolument de communauté.

La femme, autorisée à cet effet par son mari, est recevable à exercer, même avant la dissolution de la communauté, l'action en revendication qui lui compète[25]. Mais elle ne devrait pas, ce

maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, que la femme ne peut, en cas d'acceptation de la communauté, revendiquer que pour moitié ses immeubles propres vendus par le mari, s'est rétracté dans son *Traité de la communauté* (n° 253), où il reconnaît, conformément à l'opinion générale, qu'elle est autorisée à les revendiquer pour le tout. Plusieurs auteurs modernes ont cependant repris l'opinion abandonnée par Pothier. Voy. Toullier, XII, 226; Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.*; Marcadé, sur l'art. 1428, n° 3; Troplong, *De la vente*, I, 463, *De la communauté*, II, 730 à 733; Zachariæ, § 510, note 3. Voy. aussi : Amiens, 18 juin 1814, Sir., 15, 2, 40. L'erreur dans laquelle ces auteurs sont tombés, à notre avis, provient d'une fausse assimilation des effets qu'entraîne l'acceptation de la communauté, avec ceux qui découlent de l'acceptation d'une succession. L'héritier pur et simple, qui succède aux obligations du défunt, telles qu'il les avait contractées, en est tenu dans toute leur étendue. La femme, au contraire, ne succède pas au mari et ne prend pas sa place. Ce n'est qu'en qualité d'associée, qu'elle peut être tenue des obligations contractées par ce dernier. A ce titre, elle est bien soumise à la restitution de la moitié du prix payé par l'acheteur, et même au paiement de la moitié des dommages-intérêts, qui peuvent lui être dus; mais elle ne saurait être obligée de respecter l'aliénation faite par le mari, qui n'a pu la soumettre à une pareille obligation, par cela même qu'il lui était défendu de vendre le propre de la femme sans son consentement. Ces deux propositions, quoiqu'en dise Marcadé, ne sont nullement contradictoires. Si, dans les circonstances ordinaires, et alors que le recours pour cause d'éviction est dirigé contre le vendeur lui-même, ou contre son héritier qui le représente, l'obligation de payer des dommages-intérêts à l'acheteur évincé, n'est que la conséquence de celle de garantir la paisible possession, et n'a pas d'autre cause, il n'en est plus de même dans l'hypothèse qui nous occupe. La femme, quoique n'étant pas soumise à la garantie de la vente de son propre, n'en est pas moins tenue, comme commune en biens, de la moitié des condamnations, qui de ce chef seront prononcées contre son mari, comme de celles qui le seraient à tout autre titre. La cause de son engagement sous ce rapport, réside dans l'acceptation de la communauté, et il n'est pas besoin, pour l'expliquer, de la rattacher à une obligation de garantie à laquelle elle se trouverait personnellement soumise. Duranton, XIV, 321. Odier, I, 281. Rodière et Pont, II, 912.

25 Lorsque la femme agit avec l'autorisation du mari, on ne voit pas de motif qui s'oppose à la recevabilité de sa demande. En vain dirait-on que, le mari ayant le droit de disposer des fruits des immeubles propres de la femme, la vente par

semble, être admise à la former avant cette époque, contre la volonté du mari, et avec la simple autorisation de justice[26].

Du reste, la femme n'est pas obligée de s'en tenir à son droit de revendication ; elle est autorisée, si elle le préfère, à réclamer de la communauté, à titre de récompense, le prix pour lequel l'aliénation a eu lieu[27].

Abstraction faite des droits et des pouvoirs qui appartiennent à la communauté ou au mari sur les biens propres de la femme, celle-ci jouit, relativement à ces biens, des mêmes droits dont elle

lui passée doit tout au moins sortir son effet quant à la jouissance, tant que la communauté n'est pas dissoute. Il en serait sans doute ainsi, si le mari avait fait un acte principalement et directement relatif à la disposition des fruits ; mais tel n'est pas le caractère d'une vente portant sur l'immeuble lui-même : et le droit de jouissance n'étant, en ce cas, pour l'acquéreur, qu'une conséquence de la transmission de la propriété, il ne saurait avoir pour effet de faire maintenir, même temporairement, la vente passée à son profit. Plus vainement encore objecterait-on que, par cela même que la prescription ne court pas pendant le mariage contre l'action de la femme, elle est aussi non recevable à la former avant la dissolution de la communauté. En effet, si la femme peut, sans avoir aucune prescription à craindre, se dispenser de former son action durant le mariage, il n'en résulte nullement qu'il lui soit interdit de le faire. Nous ajouterons que, sous plus d'un rapport, les époux peuvent avoir intérêt à reprendre immédiatement possession de l'immeuble. Rennes, 14 juin 1841, Sir., 41, 2, 578. Voy. cep. Zachariæ, *loc. cit.*

[26] Cette proposition était controversée dans l'ancien Droit. Admise par Coquille (*Questions et réponses*, n° 105), Valin (*Sur la coutume de La Rochelle*, art. 22, § 1, n° 43) et Ferrière (*Sur la coutume de Paris*, art. 226), elle était rejetée par d'Argentré (*Sur la coutume de Bretagne*, art. 419, gl. 1, cas. 2), et par Lebrun (liv. II, chap. II, sect. IV, n° 27). Les auteurs modernes se sont, en général, prononcés pour l'opinion émise au texte. Voy. Toullier, XII, 400 ; Duranton, XIV, 320 ; Odier, I, 283 ; Rodière et Pont, II, 912 ; Troplong, II, 988. Ce qui nous détermine à adopter cette opinion, c'est qu'il serait contraire à l'esprit de la loi que la femme pût, malgré l'opposition du mari, intenter une action qui, devant réfléchir contre ce dernier, serait de nature à troubler la paix du ménage. D'ailleurs, la femme serait sans qualité pour demander le délaissement de l'immeuble, soit à son profit, soit au profit de son mari, et elle n'aurait aucun moyen de contraindre celui-ci à le reprendre.

[27] Odier, I, 281. Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, II, 986. Zachariæ, § 511, note 10, *in fine*. — La femme a intérêt à prendre le parti indiqué au texte, lorsque l'immeuble aliéné a péri, ou que, par une cause quelconque, sa valeur au moment de la dissolution de la communauté est inférieure au prix d'aliénation

jouirait s'il n'existait pas de communauté. Ainsi, la femme peut, avec l'autorisation du mari, ou, à son refus, avec celle de la justice[28], engager ses biens, soit dans son intérêt personnel, soit dans celui du mari ou d'un tiers, les grever de servitudes ou d'hypothèques, et même les aliéner. Ainsi encore, la femme peut, lorsque des immeubles à elle propres ont été compris dans une saisie pratiquée contre son mari, en demander la distraction, sans avoir, au préalable, provoqué la séparation de biens[29].

4° La femme qui a contracté seule, sous l'autorisation du mari ou celle de la justice, est personnellement engagée pour le tout envers les tiers avec lesquels elle a traité, peu importe qu'elle ait agi, soit dans son intérêt personnel, soit dans celui du mari ou de la communauté. Il en est de même lorsque, concourant à un acte passé par le mari, elle s'est obligée solidairement avec lui. Que si elle ne s'était obligée que conjointement avec son mari, elle ne pourrait être recherchée par les tiers que pour la moitié de la dette. Art. 1487.

Quant aux effets des engagements de la femme dans ses rapports avec le mari, ils sont régis par des règles spéciales, qui s'écartent à plusieurs égards des principes du Droit commun.

Lorsque la femme s'est engagée seule, soit avec l'autorisation de la justice, soit même avec celle du mari, elle est, en général, censée avoir agi dans son intérêt personnel, et doit, par conséquent, récompense ou indemnité à la communauté ou au mari qui aurait acquitté sa dette. Art. 1419 *in fine*. Que si, contrairement à cette présomption, il résultait de l'objet même de l'obligation ou d'autres circonstances, que la dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari, la femme aurait, selon les cas, droit à récompense ou à indemnité.

Lorsque la femme s'est engagée, conjointement ou solidairement, avec le mari, elle est réputée vis-à-vis de ce dernier ne s'être obligée que comme caution, et elle a, par conséquent, droit à récompense ou indemnité pour les suites de son engagement[30]. Art. 1431. Cette

28 Les engagements que la femme contracte avec l'autorisation de la justice, ne peuvent cependant porter atteinte à l'usufruit qui appartient à la communauté. Cpr. § 472, texte n° 6; § 509, texte n° 5; Zachariæ, § 510, note 12.

29 Cpr. Code de procédure, art. 725 et suiv. Colmar, 24 janvier 1832, Sir., 32, 2, 657.

30 Cpr. Bourges, 5 mai 1830, Sir., 30, 2, 185; Req. rej., 7 mars 1842, Sir., 42, 1, 640.

présomption peut être combattue par la preuve que l'obligation a a été contractée dans l'intérêt de la femme.

Elle ne saurait d'ailleurs être opposée, ni au créancier envers lequel la femme s'est obligée[31], ni au tiers, codébiteur ou caution, qui, après avoir payé la dette, exerce son recours contre elle[32].

D'un autre côté, la disposition de l'art. 1431 cesse d'être applicable, même vis-à-vis du mari, dans l'hypothèse où la femme a cautionné, conjointement ou solidairement, avec lui la dette d'un tiers, par exemple d'un de leurs enfants[33].

§ 511.

Des récompenses ou indemnités dues aux époux par la communauté [1].

1° *Des causes qui y donnent lieu.*

Toutes les fois que la communauté s'est enrichie ou qu'elle a été avantagée aux dépens des propres de l'un des époux, elle doit récompense à ce dernier ou à ses héritiers, jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité[2]. Art. 1433.

[31] Rodière et Pont, II, 806 et 807. Marcadé, sur l'art. 1431, n° 1. Zachariæ, § 510, note 16, *in fine*. Limoges, 20 février 1855, Sir., 55, 2, 314. — Elle ne peut notamment opposer au créancier, l'exception établie, par l'art. 2037, au profit de la caution. Paris, 16 avril 1864, Sir., 64, 2, 289.

[32] Req. rej., 29 novembre 1827, Sir., 28, 1, 169. Civ. rej., 4 décembre 1855, Sir., 57, 1, 206. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 510, note 14.

[33] Rennes, 22 novembre 1848, Sir., 52, 2, 134. Cpr. Zachariæ, § 510, texte et note 15.

[1] Cpr. sur cette matière : *Essai sur les récompenses, sous le régime de la communauté légale*, par Ménesson ; Paris, 1853, 1 vol. in-8°.

[2] Ce principe ne s'est établi que successivement. L'ancienne coutume de Paris n'accordait de récompense, même pour le prix des propres aliénés pendant le mariage, qu'autant que le remploi ou la récompense avait été expressément stipulé, soit dans le contrat de mariage, soit dans l'acte d'aliénation. Mais comme cette législation offrait aux conjoints, le moyen de s'avantager pendant le mariage, la nouvelle coutume de Paris (art. 232) admit, pour ce cas spécial, le principe de la récompense, indépendamment de toute convention des parties. Cette disposition fut adoptée, comme tendant à écarter les surprises de la part de l'un

C'est ce qui a lieu dans les hypothèses suivantes[3] :

a. Lorsque des immeubles ou des meubles propres à l'un des époux ont été aliénés pendant le mariage, peu importe que l'aliénation ait eu lieu pour une somme fixe, versée dans la communauté, ou moyennant une rente viagère, dont elle a perçu les arrérages[4]. Art. 1433.

des conjoints au préjudice de l'autre, même dans les coutumes où les avantages entre époux n'étaient point prohibés; et bientôt les auteurs et la jurisprudence l'étendirent à toute espèce d'avantages acquis à la communauté aux dépens des propres de l'un des époux. Cpr. Pothier, nos 585 et 607.

[3] L'art. 1433, qui ne mentionne que deux cas dans lesquels il est dû récompense, est simplement énonciatif. Les motifs sur lesquels repose la théorie des récompenses, ne permettraient pas d'en restreindre l'application à ces deux cas. La disposition de l'art. 1403, al. 3, prouve d'ailleurs que l'art. 1433 n'a rien de limitatif, en ce qui concerne les causes qui peuvent donner lieu à récompense. Pothier, nos 573 et suiv. Zachariæ, § 511, texte et notes 9 et 10.

[4] Sous l'ancienne jurisprudence, le droit à récompense, en cas d'aliénation, moyennant une rente viagère, d'un immeuble propre à l'un des époux, n'avait jamais été contesté. Il ne s'était élevé de difficultés que sur les bases à adopter pour la fixation de cette récompense. Voy. Lebrun, liv. I, chap. V, dist. 2, n° 14; et Pothier, n° 594. Le droit à la récompense a également été admis par la plupart des auteurs modernes et par la jurisprudence. Voy. note 11 *infra*. Cependant on a proposé dans ces derniers temps une doctrine nouvelle, suivant laquelle l'époux dont l'immeuble propre a été aliéné moyennant une rente viagère, n'aurait droit à aucune récompense, sauf à reprendre la rente elle-même, lorsqu'il survit à la dissolution de la communauté. Voy. en ce sens : Bugnet, sur Pothier, VII, p. 312, note 2; Proudhon, *De l'usufruit,* V, 2675; Marcadé, sur l'art. 1436, n° 2; Rodière et Pont, II, 945; Mimerel, *Revue critique*, 1853, III, p. 851; Pont, *Revue critique*, 1854, IV, p. 9; Nancy, 3 juin 1853, Sir., 55, 2, 253. Voy. aussi: Besançon, 18 février 1853, Sir., 53, 2, 457. On dit à l'appui de cette doctrine, que le seul résultat de l'opération dont il est ici question, est de substituer un propre à un autre, et que les arrérages d'une rente viagère ne constituant que des fruits civils, il en résulte que la communauté qui les a perçus en vertu de son droit de jouissance, ne peut, à raison de cette perception, être soumise à aucune obligation de récompense. Mais cette argumentation n'est au fond qu'une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si une pareille substitution, qui s'opère par voie de vente et non par voie d'échange, peut avoir lieu sans donner ouverture à récompense au profit de l'époux dont l'immeuble a été aliéné; et cette question ne peut se résoudre que négativement. Si la loi a cru devoir assimiler les arrérages d'une rente viagère à de véritables fruits, cette assimilation, jusqu'à certain point contestable, se comprend cependant, quand il est uniquement question des droits respectifs du crédi-rentier et de l'usufruitier de la rente. Elle trouvera donc une juste appli-

b. Lorsque des tiers se sont rédimés en argent de services fonciers dus à un immeuble propre de l'un des époux, et que le prix de rachat a été versé dans la communauté. Art. 1433.

c. Lorsque des meubles ou des immeubles propres à l'un des époux ont été donnés en paiement d'une dette de la communauté, dont l'acquittement ne devait pas donner lieu à récompense de la part de cet époux.

d. Lorsque des deniers propres à l'un des époux ont été confondus dans la masse commune, ou employés, d'une manière quelconque, dans l'intérêt de la communauté.

e. Lorsqu'il a été fait des coupes extraordinaires dans une forêt propre à l'un des époux, ou que la communauté a profité des produits d'une carrière ou d'une mine ouverte, pendant le mariage, dans un immeuble propre à l'un des conjoints. Art. 1403, al. 3.

f. Lorsque, au moyen d'une concession ou d'une renonciation faite au détriment de ses biens propres, l'un des conjoints a amélioré la condition des biens de la communauté.

La vente d'un droit d'usufruit propre à l'un des époux, ou d'une rente viagère constituée sur la tête de l'époux titulaire lui-même, donne lieu à récompense, lorsque cet époux a survécu à la dissolution de la communauté; au cas contraire, ses héritiers n'auraient droit à aucune récompense [5].

cation, lorsqu'il s'agira d'une rente constituée au profit de l'un des époux dès avant le mariage. Mais dans l'hypothèse sur laquelle porte le débat, il n'en est plus de même, puisqu'il s'est produit, pendant le mariage, un fait nouveau, celui de l'aliénation d'un immeuble propre, fait dont il faut régler les conséquences entre les époux. Or, aux termes de l'art. 1433 toute aliénation d'un propre donne nécessairement lieu à récompense; et l'on se mettrait évidemment en opposition avec le texte comme avec l'esprit de cet article, en distinguant entre les ventes faites à prix ferme, et celles faites moyennant une rente viagère, pour refuser, quant à ces dernières, toute espèce de récompense. Nous ajouterons que ce système offrirait aux époux, un moyen facile de se faire, pendant le mariage, des libéralités irrévocables, contrairement aux dispositions de l'art. 1096, et qu'il présenterait ainsi, surtout pour la femme, les plus graves dangers.

[5] Duranton, XIV, 340. Civ. cass., 10 avril 1855, Sir., 55, 1, 241. Voy. en sens contraire: Pothier, *De la communauté*, n° 592, qui s'était d'abord prononcé (*Coutume d'Orléans*, tit. X, n° 106) pour la solution donnée au texte; Merlin, *Rép.*, v° Remploi, § 2, n° 2; Toullier, XII, 347 et 348; Odier, I, 309 et 310; Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2672; Marcadé, sur l'art. 1436, n° 2; Rodière et Pont, II, 945. D'après ces auteurs, la cession d'un droit d'usufruit propre à l'un des époux, ou d'une rente viagère, constituée sur la tête de l'époux

Que s'il s'agissait de la cession d'une rente viagère constituée sur la tête d'un tiers, qui ait survécu à la dissolution de la communauté, produite par la mort de l'époux titulaire, il serait dû récompense aux héritiers de ce dernier.

Lorsque l'un des époux a éprouvé, dans ses biens propres, un dommage ou une détérioration par suite d'un fait dont la communauté est responsable envers lui, il a droit contre elle à une indemnité. C'est ainsi que la femme a droit à une indemnité à raison de la perte ou de la détérioration d'objets à elle propres, lorsque le préjudice a été occasionné par la faute ou la négligence du mari, et notamment à raison d'une prescription qu'il aurait négligé d'interrompre[6]. Quant au mari, il ne peut réclamer aucune indemnité pour perte ou détérioration de ses propres[7].

2° *Du montant des récompenses dues par la communauté.*

Les récompenses dues aux époux ne peuvent, quelle que soit la cause qui y ait donné lieu, dépasser les sommes ou valeurs, qui

titulaire lui-même, donnerait lieu à récompense, même dans le cas où la communauté viendrait à se dissoudre par la mort de cet époux. Cette opinion, dont les partisans sont d'ailleurs en désaccord sur le montant de la récompense (cpr. note 12, *infra*), repose sur une fausse assimilation entre l'aliénation de la propriété d'un immeuble corporel et la cession d'un droit d'usufruit. La propriété d'un immeuble corporel, constituant un droit perpétuel, reste intacte pour l'époux propriétaire de cet immeuble, malgré la jouissance qui en est temporairement attribuée à la communauté, de telle sorte qu'à la dissolution de celle-ci, cet époux ou ses héritiers peuvent et doivent en faire la reprise, soit en nature, soit en valeur. L'usufruit, au contraire, qui ne consiste que dans la jouissance temporaire d'une chose appartenant à autrui, s'éteint et se consume successivement par le fait même de son exercice. Or, comme la communauté se trouve complétement substituée au droit de jouissance de l'époux titulaire d'un simple usufruit, il est évident que la cession qui en est consentie, n'aura réellement porté que sur la jouissance de la communauté, si celle-ci vient à se dissoudre par le décès de l'époux titulaire du droit d'usufruit. Ces réflexions, qui s'appliquent également à la cession d'une rente viagère, prouvent suffisamment le peu de fondement de l'objection qu'on a faite en disant que, par le fait même de la cession d'un usufruit ou d'une rente viagère propre à l'un des époux, la communauté est devenue débitrice envers lui du prix de cession, puisque ce prix ne représente, dans l'hypothèse qui nous occupe, qu'une jouissance qui appartenait à la communauté.

[6] Art. 1428, al. 3, cbn. 1409, n° 2. Cpr. § 510, texte n° 3, et note 6.

[7] *Cur enim male administravit?* Zachariæ, § 511, note 15, *in fine*.

sont réellement entrées dans la masse commune, ou dont la communauté a profité ; mais aussi doivent-elles porter sur l'intégralité de ces sommes ou valeurs. Ce double principe conduit, entre autres, aux applications suivantes :

L'époux dont l'immeuble a été vendu, n'est pas admis à réclamer une somme supérieure au prix convenu, sous le prétexte que l'immeuble aurait été cédé au-dessous de sa véritable valeur. Art. 1436.

Que si l'immeuble propre à l'un des époux avait été donné en paiement d'une dette de la communauté, il ne serait dû récompense que pour le montant de cette dette en principal et accessoires.

Mais aussi l'époux dont le propre a été vendu, a-t-il droit à la bonification de la totalité du prix réel de la vente et de la valeur estimative des charges faisant partie du prix, en tant que la communauté a profité de ces charges. Il en est ainsi, encore que le propre aliéné eût, par une cause quelconque, augmenté de valeur pendant le mariage [8], ou qu'une partie du prix ait été dissimulée dans l'acte de vente. L'époux qui alléguerait une pareille dissimulation, serait admis à établir, par tous moyens de preuve, le prix auquel la vente a eu lieu en réalité [9].

8 C'est ainsi que le mari, qui s'est réservé propre sa part dans une société, ou la valeur de l'office dont il était pourvu, a droit à la bonification du prix total de cession de ces objets, malgré l'augmentation de valeur qu'ils avaient reçue pendant le mariage. Req. rej., 9 juin 1836, Sir., 36, 1, 649.

9 Cette solution est généralement admise, lorsqu'il s'agit d'une récompense due à la femme. Toullier, XII, 345. Odier, I, 307. Rodière et Pont, II, 942. Marcadé, sur l'art. 1436, n° 1. Troplong, II, 1162. Zachariæ, § 511, note 12, *in fine*. Civ. cass., 14 février 1843, Sir., 43, 1, 193. Besançon, 21 juin 1845, Sir., 46, 2, 451. Douai, 28 avril 1851, Sir., 52, 2, 369. Civ. cass., 30 décembre 1857, Sir., 58, 1, 276. — La question est plus délicate quand la récompense est réclamée par le mari ; et la Cour de Douai (*loc. cit.*) l'a implicitement décidée contre lui. On pourrait dire, à l'appui de cette manière de voir, que le mari, jouissant d'une pleine indépendance quant à la rédaction de l'acte de vente de son propre, n'est pas recevable à prouver contre les énonciations de cet acte, et que d'ailleurs il ne doit pas être admis à alléguer une simulation frauduleuse à laquelle il aurait lui-même participé. A notre avis, ces raisons ne seraient pas concluantes. La prohibition de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes est sans application à notre hypothèse, puisqu'il ne s'agit pas ici d'établir les conditions et de régler les effets de la convention en ce qui concerne

Lorsque l'aliénation d'un propre productif de fruits ou de revenus[10] a eu lieu moyennant une rente viagère, il n'est dû récompense que pour l'excédant des arrérages de la rente viagère, qui ont couru jusqu'à la dissolution de la communauté, sur ces fruits ou revenus[11]. Mais il est entendu que, si la rente ne s'était pas trouvée éteinte par l'événement qui a amené la dissolution de la communauté, l'époux ou ses héritiers seraient autorisés à en faire la reprise, sans préjudice à la récompense dont il vient d'être parlé.

Quant à la récompense qui peut-être due à raison de l'aliénation d'un droit d'usufruit ou d'une rente viagère, propre à l'un des époux, elle a bien pour objet le prix de vente ou de cession, mais ne peut-être exercée que sous déduction de la différence entre les intérêts de ce prix et les revenus ou arrérages que la communauté eût perçus, si elle avait continuée à jouir de l'usufruit ou de la rente viagère[12].

les rapports des parties qui y ont figuré, mais simplement de déterminer le montant de la somme qui, par suite de la vente d'un propre du mari, est entrée dans la communauté. D'un autre côté, la dissimulation d'une partie du prix de vente est d'ordinaire imposée par l'acheteur au vendeur, comme condition d'un prix plus élevé, de telle sorte que cette dissimulation, quand elle se rencontre dans l'acte d'aliénation d'un propre, tourne aussi au profit de la communauté, à laquelle elle procure une augmentation de revenu. On ne comprendrait donc pas que la femme pût se prévaloir, pour enrichir la communauté au détriment du mari, d'une fraude qui n'a été commise qu'à l'encontre du fisc.

10 L'aliénation de propres non productifs de fruits ou de revenus, par exemple, de tableaux, de médailles, etc., donnerait lieu à récompense de la totalité des arrérages de la rente.

11 La base indiquée au texte pour la fixation de la récompense due à raison de l'aliénation d'un propre moyennant une rente viagère, est celle qu'avait proposée Pothier (nº 594). Cpr. note 4 *supra*. Elle est adoptée par la plupart des auteurs modernes qui admettent le principe même de la récompense, et par la jurisprudence. Voy. Merlin, *Quest.*, vº Remploi, § 2; Toullier, XII, nº 350; Glandaz, *Encyclopédie*, vº Communauté conjugale, nº 260; Taulier, V, p. 106; Odier, I, 308; Troplong, II, 1096; Douai, 9 mai 1849, Sir., 50, 2, 180; Angers, 12 mai 1852, Sir., 53, 2, 369; Req. rej., 1er avril 1868, Sir., 68, 1, 253; Lyon, 17 février 1870, Sir., 70, 2, 305.

12 Pothier, nº 592. Merlin, *Rép.*, vº Remploi, § 2, nº 2. Toullier, XII, 347 et 348. Odier, I, 309 et 310. Voy. en sens contraire: Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2672; Marcadé, sur l'art. 1436, nº 2; Rodière et Pont, II, 945. L'opinion de ces auteurs, d'après lesquels il serait dû récompense de la totalité du prix de

Les récompenses et indemnités dues aux époux par la communauté, constituent, quand on les envisage sous le rapport de l'action qui en résulte, *les reprises* des époux.

3° *De la nature des reprises. — Des intérêts qu'elles produisent.*

L'action en reprise pour récompenses dues à l'un ou à l'autre époux, ayant pour objet direct et immédiat la restitution du prix ou de la valeur des propres inexistants, c'est-à-dire le paiement d'une somme d'argent, est essentiellement mobilière, et ne revêt point rétroactivement un caractère immobilier, lorsque des immeubles de la communauté ont été cédés à l'époux créancier en paiement de ses reprises, ou qu'il a exercé, sur des biens de cette nature, le prélèvement autorisé par l'art. 1471 [13].

cession, sans la déduction indiquée au texte, est contraire au principe fondamental de la matière, d'après lequel la communauté ne doit récompense que de ce dont elle s'est enrichie au détriment des propres de l'un des époux. Or, dans l'hypothèse dont il s'agit, elle ne se trouvera réellement enrichie, au détriment de l'époux, titulaire du droit d'usufruit ou de la rente viagère, aliénés, que de ce qui restera du prix de cession après la déduction indiquée au texte. Il pourra sans doute arriver que ce prix se trouve complétement absorbé par cette déduction, et qu'ainsi, en fait, il n'y ait plus lieu à récompense. Mais ce ne sera là qu'un résultat naturel de la convention aléatoire que l'époux, titulaire de l'usufruit ou de la rente, a librement consentie, et qui aurait tourné à l'avantage de ses héritiers, s'il était décédé peu de temps après la cession.

13 Le mode de réglement établi par l'art. 1471, dans la vue de faciliter et d'assurer le paiement des reprises, ne peut, pas plus que celui que les parties sont libres d'adopter, modifier le caractère primitif et essentiel de l'action en reprise. Aussi l'opinion émise au texte était-elle généralement admise dans l'ancien droit. Voy. Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXI, n° 306 ; Renusson, *Des propres*, chap. IV, sect. VI; Lebrun, liv. III, chap. II, sect. Ire, dist. II, n° 97; Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, art. 232; Bourjon, *Droit commun de France*, tit. X, part. VI, chap. II, sect. V, n° 70; Merlin, *Rép.*, v° Legs, sect. IV, § 2, n° 4. Une doctrine contraire s'est établie, sous l'empire du Code civil, à la faveur de l'idée que l'époux, créancier de reprises, en exerce le prélèvement sur les biens de la communauté, non comme simple créancier, mais à titre de propriétaire. Voy. Coin-Delisle, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 657; Rodière et Pont, I, 383 et suiv., et II, 1082; Marcadé, *Revue de Droit français et étranger*, 1850, VII, p. 206, et *Revue critique*, 1852, II, p. 577; Demolombe, IX, 363 à 365; Mimerel, *Revue critique*, 1854, IV,

Il en est ainsi de l'action compétant à la femme, soit qu'elle ait renoncé à la communauté, soit même qu'elle l'ait acceptée.

Le même principe s'applique, à plus forte raison, à l'action en reprise pour indemnités dues par la communauté.

Il suit de là que, quand le veuf ou la veuve qui avait des reprises à exercer, s'est remarié sous le régime de la communauté légale, ou a fait un legs à titre universel de son mobilier, on doit, en général, et sauf interprétation contraire de la volonté des parties, considérer l'action en reprise comme étant tombée dans la communauté, ou comme faisant partie du legs, quelles que soient les valeurs, mobilières ou immobilières, au moyen desquelles se serait ultérieurement opéré le règlement de ces reprises.

Les sommes dues, à l'un ou à l'autre des époux, à titre de récompense ou d'indemnité, portent, de plein droit, intérêt à partir du jour de la dissolution de la communauté. Il en est ainsi, pour les sommes dues à la femme, même en cas de renonciation de sa part à la communauté [14]. Art. 1473.

p. 406, et 1858, XII, p. 97; Caen, 19 janvier 1832, Sir., 41, 2, 82; Paris, 21 février 1846, Sir., 46, 2, 305; Civ. rej., 28 mars 1849, Sir., 49, 1, 353; Civ. cass., 23 février 1853, Sir., 53, 1, 373; Civ. cass., 30 mai 1854, Sir., 54, 1, 386; Bourges, 20 août 1855, Sir., 57, 2, 265. Cette idée, ayant été condamnée, avec raison selon nous, dans ce qu'elle avait de trop absolu, par l'arrêt solennel de la Cour de cassation du 16 janvier 1858 (cpr. note 28, *infra*), la doctrine à laquelle elle servait d'appui, semblait ne plus pouvoir se soutenir. En vain invoquerait-on, pour la défendre, l'art. 883. La disposition de cet article ne s'applique, en effet, qu'aux objets tombés dans le lot de chacun des copartageants par l'effet du partage; et il est évident que les objets prélevés par les époux pour se remplir de leurs reprises, ne font point partie de leurs lots de communauté. Les prélèvements exercés en vertu de l'art. 1471 constituent bien moins des faits ou actes de partage, que des opérations préliminaires au partage, et nécessaires pour déterminer la consistance de la masse à partager. MM. Rodière et Pont (*loc. cit.*), et avec eux les Cours de Metz (10 avril 1862, Sir., 62, 2, 20) et d'Agen (17 janvier 1868, Sir. 68, 2, 4) ont cependant maintenu cette doctrine, sans tenir compte du changement qui s'est opéré dans la jurisprudence, quant au titre auquel s'exercent les prélèvements dont il s'agit. Voy. dans le sens de notre opinion: Toullier, XII, 111; Troplong, I, 374 à 400; Nancy, 16 février 1852, Sir., 52, 2, 545; Paris, 18 août 1859, Sir., 63, 2, 211; Angers, 25 avril 1860, Sir., 60, 2, 292; Caen, 27 juin et 19 juillet 1861, Sir., 62, 2, 68 et 70; Req. rej., 1er juin 1862, Sir., 62, 1, 829.

14 Bien que l'art. 1473 soit placé sous la rubrique *Du partage de la communauté après l'acceptation*, il faut reconnaître que l'acceptation de la communauté

Les reprises, considérées comme charges, grèvent également tous les biens, soit meubles, soit immeubles, dont se compose la communauté. Il en résulte que si, conformément à l'art. 1471, le prélèvement a été opéré sur le mobilier, le donataire ou le légataire du mobilier est autorisé à demander que les immeubles y contribuent dans la proportion de leur valeur comparée à celle des meubles[15].

ne forme, ni le fondement de la disposition de cet article, ni par conséquent la condition de son application. En faisant courir de plein droit, à partir de la dissolution de la communauté, les intérêts des récompenses ou indemnités dues, soit par la communauté aux époux, soit par les époux à la communauté, le législateur l'a fait en considération de la nature particulière de ces créances, qui résultent, non d'une convention, mais du simple fait que la communauté s'est enrichie aux dépens du patrimoine personnel de l'un des époux, ou que, réciproquement, ce patrimoine s'est enrichi au détriment de la communauté. Or, la renonciation de la femme ne saurait exercer aucune influence sur ce fait, ni sur la conséquence que la loi y a attachée. Cela paraît évident en ce qui concerne les récompenses dues à la communauté par la femme, puisqu'il n'est pas admissible que celle-ci puisse se soustraire par sa renonciation à une obligation accessoire, virtuellement inhérente à sa dette ; et s'il en est ainsi, on doit, par réciprocité, appliquer la même solution aux récompenses dues à la femme par la communauté. Ces observations suffisent, à notre avis, pour démontrer le peu de solidité de l'objection qui consisterait à dire que, par suite de la renonciation de la femme, les reprises qu'elle a à exercer sur la communauté, dégénèrent en créances personnelles contre le mari, et rentrent dès lors sous l'application de l'art. 1479. Par l'effet de la renonciation, les reprises de la femme contre la communauté deviennent sans doute assimilables à des créances personnelles contre le mari, sous le rapport du mode de réalisation des unes et des autres. Mais ces reprises n'en restent pas moins distinctes de ces créances, en ce qui concerne leur origine et leur nature, c'est-à-dire au point de vue où le législateur s'est placé pour en faire courir les intérêts de plein droit, à partir de la dissolution de la communauté. Delvincourt, III, p. 75. Odier, I, 582. Rodière et Pont, III, 1517. Troplong, III, 1708. Zachariæ, § 511, note 35, *in fine*; et § 521, texte et note 2. Req. rej., 3 février 1835, Sir., 35, 1, 283. Civ. cass., 9 février 1870, Sir., 70, 1, 299. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 173 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 435 ; Marcadé, sur l'art 1493.

15 Douai, 17 juin 1847, Sir., 49, 2, 71. Paris, 18 août 1859, Sir., 63, 2, 211. La Cour de Caen (19 janvier 1832, Sir., 41, 2, 82) a jugé le contraire, par application de la doctrine, aujourd'hui abandonnée, d'après laquelle les reprises s'exerceraient, non à titre de créance, mais à titre de propriété.

4° Des conditions et du mode d'exercice de l'action en reprise, pour récompenses ou indemnités dues par la communauté.

Les récompenses et les indemnités dues à l'un ou à l'autre des époux, ne peuvent être réclamées qu'après la dissolution de la communauté.

La femme est cependant autorisée à prendre, même pendant le mariage, et indépendamment de l'introduction d'une demande en séparation de biens ou de corps[16], des mesures conservatoires pour s'assurer le paiement des sommes qui lui sont dues par la communauté[17].

D'un autre côté, les créanciers de la femme sont, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, autorisés à exercer, jusqu'à concurrence de leurs créances, les droits et actions de leur débitrice, comme ils pourraient le faire si, la communauté se trouvant dissoute, la femme y avait renoncé. Art. 1446, al. 2[18].

L'époux qui réclame une récompense, est tenu, en principe, de prouver que la somme ou valeur dont il demande la bonification, est entrée dans la masse commune, ou a été employée dans l'intérêt de la communauté. La position des époux n'est cependant pas la même, dans tous les cas, en ce qui concerne cette preuve. Le mari qui réclame une récompense, à raison de propres aliénés, doit justifier que la communauté en a reçu le prix par son intermédiaire, en d'autres termes, que le prix est entré, ne fût-ce que pour un instant, dans la caisse commune, ou qu'il en a fait emploi dans l'intérêt de la communauté[19]. Quand c'est, au contraire, la femme ou ses héritiers qui réclament une récompense pour le prix de propres aliénés, le mari, comme administrateur des biens personnels de la femme, est présumé avoir touché ce prix pour le compte de la communauté, et ne peut refuser la récompense qu'en remettant à la femme ou à

16 Zachariæ, § 511, texte et note 22. Voy. sur les mesures conservatoires que la femme peut prendre au cours d'une instance en séparation de biens ou de corps : § 493, texte n° 2, lettre *c*, et § 516, texte n° 6.

17 Cpr. art. 2195, al. 3, et §§ 285 et 295. — Cpr. aussi sur le droit que la femme peut avoir d'exiger le remploi de deniers à elle propres : § 507, texte et notes 79 à 81.

18 Voy. pour l'explication de cet article : § 516, texte n° 1.

19 Zachariæ, § 511, note 11, *in fine*. Civ. cass., 13 août 1832, Sir., 32, 1, 641. Cpr. Angers, 7 mars 1845, Sir., 46, 2, 79.

ses héritiers, l'acte de vente ou de cession constatant que le prix est encore dû, ou en prouvant qu'ils l'ont eux-mêmes touché [20].

En cas d'acceptation de la communauté par la femme, les époux, ou leurs héritiers, sont respectivement autorisés à se remplir du montant des récompenses ou indemnités à eux dues, au moyen de prélèvements exercés sur la masse commune [21]. Art. 1470, nº 2 et 3.

Ces prélèvements s'opèrent dans l'ordre établi par l'art. 1471 [22], ordre que l'un des époux ne peut intervertir contre le gré de l'autre [23]. Lorsque, à défaut d'argent comptant, l'époux créancier exerce ses reprises sur les meubles ou les immeubles de la communauté, il a le droit de choisir ceux de ces objets qu'il entend prélever, sans cependant que son choix puisse porter sur des objets dont la valeur dépasserait de beaucoup le montant des reprises [24]. Si les parties ne sont pas d'accord sur la valeur des meubles ou des immeubles choisis, le prix en est fixé par experts.

Le règlement des reprises par voie de prélèvement sur la masse commune, n'est d'ailleurs que facultatif. L'époux qui a des récompenses ou indemnités à réclamer, peut, à défaut d'argent comptant, demander qu'il soit vendu des meubles ou des immeubles de la communauté, jusqu'à concurrence du montant de ses reprises [25].

20 Cpr. art. 1450. Glandaz, *op. et vº citt.*, nº 225. Rodière et Pont, II, 939. Troplong, II, 1096.

21 Les effets divertis ou recelés par l'un des époux restent-ils dans la masse commune pour l'exercice des reprises de l'époux recéleur? Voy. § 519.

22 Quoique le second alinéa de cet article ne s'occupe que des prélèvements à faire par la femme, il n'est pas douteux qu'il ne soit également applicable aux prélèvements du mari, par cela même que la loi n'a pas établi, en ce qui les concerne, des règles différentes. Rodière et Pont, II, 1093. Marcadé, sur les art. 1470 à 1472, nºˢ 1 et 2. Troplong, III, 1650. Caen, 19 janvier 1832, Sir., 41, 2, 82. Paris, 18 août 1859, Sir., 63, 2, 211.

23 Rodière et Pont, II, 1076. Marcadé, *loc. cit.* Cpr. cep. Douai, 17 juin 1847, Sir., 49, 2, 71.

24 Rodière et Pont, II, 1079. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 511, note 19.

25 Le prélèvement autorisé par l'art. 1471 est, pour l'époux créancier, un avantage, en ce qu'il lui assure le paiement de ses reprises à l'encontre des créanciers personnels ou ayants-cause de son conjoint : mais ce mode de règlement spécial, et de faveur à ce point de vue, tournerait souvent au désavantage de l'époux créancier, s'il était obligé de l'accepter. On irait contre l'esprit de la loi, surtout quant à la femme, en lui refusant le droit d'exiger en deniers le paiement de ses reprises, et en ne lui laissant, pour s'en remplir, que le prélèvement en meubles ou en immeubles de la communauté. Comment supposer au

Réciproquement, l'autre époux ou ses héritiers sont toujours admis à écarter le prélèvement, en offrant de payer comptant, de leurs propres deniers, le montant de la moitié des reprises [26].

La faculté dont jouit, en sa double qualité de créancier de la communauté, et de copropriétaire de la masse commune ou de copartageant, l'époux auquel il est dû des récompenses ou indemnités, constitue en sa faveur un droit plus fort que le droit de copropriété de son conjoint, et emporte, virtuellement pour lui, l'avantage de pouvoir se faire payer sur les biens communs, par préférence aux créanciers personnels de ce dernier ou de ses héritiers, et sans égard aux droits que, depuis la dissolution de la communauté, ils auraient conférés à des tiers sur ces biens [27].

législateur, la pensée de condamner la femme à accepter, toujours et quand même, en paiement de sa dot et de ses autres reprises, des valeurs, ou improductives de leur nature, ou qui même constitueraient une charge pour elle ? Ce système pourrait d'ailleurs aboutir à un résultat incompatible avec la préférence que, sous le régime de la communauté, la loi accorde, en général, aux intérêts de la femme sur ceux du mari, et dont l'art. 1471, en particulier, porte l'empreinte : il pourrait se faire, en effet, que la femme, devant exercer ses reprises d'abord sur l'argent comptant et sur le mobilier, se vît obligée, après épuisement de ces valeurs, d'abandonner au mari, qui, de son côté, aurait à réclamer des récompenses, les immeubles de la communauté, sur le pied d'une évaluation faite par experts ; et cette conséquence n'a pu entrer dans les vues du législateur. Art. 1243. Coquille, *Sur la Coutume de Nivernois*, chap. XXIII, art. 18. Pothier, n° 700. Troplong, I, 393 à 396, et III, 1628. Req. rej., 1er juin 1862, Sir., 62, 1, 829. Civ. cass., 13 décembre 1864, Sir., 65, 1, 89. Civ. cass., 21 juin 1870, Sir., 70, 1, 348. Voy. en sens contraire : Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 2879 et 2880 ; Rodière et Pont, II, 1074 ; Marcadé, sur l'art. 1470, n° 1.

26 Troplong, III, 1630. Cpr. cep. Caen, 19 janvier 1832, Sir., 41, 2, 82. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.*

27 Ce droit *plus fort* (c'est la qualification que lui donnait Pothier, *Des successions*, chap. V, art. 1, § 2) se justifie, avec les conséquences qu'il comporte, par la considération bien simple, qu'il serait contraire à toute justice que l'époux, du chef duquel des valeurs plus ou moins considérables sont entrées dans la masse commune, pût être contraint au partage de cette masse, avant d'avoir été rempli de ses reprises, et se trouvât ainsi exposé à subir, sur les biens communs, le concours des créanciers personnels et autres ayants-cause de son conjoint. La prétention de l'un des époux de faire porter le partage sur la masse commune, sans prélèvement ou *délibation* des reprises de son conjoint, sauf à l'en remplir ultérieurement, ne serait pas admissible, et ses créanciers ou ayants-cause ne sauraient avoir plus de droits que lui. Le droit *plus fort* de l'époux

Mais l'époux, autorisé à se payer de ses reprises par voie de prélèvement sur les biens communs, ne doit pas, pour cela, être considéré comme ayant éte, dès l'origine, propriétaire exclusif des meubles ou des immeubles qu'il se fera attribuer à ce titre, ou pour exprimer plus nettement l'idée, comme ayant eu, sur l'ensemble des biens communs, un droit virtuel de propriété, se réalisant et se fixant, avec effet rétroactif au jour de la dissolution de la communauté, sur les meubles ou les immeubles qui seront l'objet de ses prélèvements.

Il en résulte, pour la femme en particulier, que la faculté dont elle jouit de se faire payer de ses reprises par voie de prélèvement sur les biens communs, ne lui confère, de sa nature, aucun droit de préférence, vis-à-vis des créanciers, même simplement chirographaires, de la communauté, qui sont autorisés à frapper de saisie les biens communs, tant qu'ils n'ont pas été attribués à la femme par cession ou à titre de prélèvement, et à venir par contribution avec elle sur le produit de la vente de ces biens [28].

créancier est donc inhérent à la nature particulière des reprises pour récompenses ou indemnités dues par la communauté; il n'est nul besoin, pour l'expliquer, de le rattacher à l'idée d'un droit de propriété exclusive, affectant les biens à prélever dès l'instant de la dissolution de la communauté, et ce, en vertu d'un effet rétroactif attaché au prélèvement.

28 Ces propositions que nous avions déjà émises dans nos premières éditions, et qui, soit d'après les précédents historiques, soit d'après les textes mêmes du Code, et les principes généraux du Droit, nous semblaient ne devoir donner lieu à de sérieuses difficultés, ont cependant fait, pendant une période de temps assez longue, l'objet de vives controverses. Quelques auteurs, se fondant: 1° sur ce que l'art. 1470 place sur la même ligne, et les prélèvements pour récompenses ou indemnités, et les prélèvements en nature d'objets restés propres aux époux; 2° sur la préférence que l'art. 1473 donne à la femme pour l'exercice de ses reprises; et 3° sur le bénéfice que lui accorde l'art. 1483, ont soutenu que la femme exerçait ses reprises, non à titre de créancière et de copartageante, mais en qualité de propriétaire, et n'avait dès lors pas à entrer en concours même avec les créanciers de la communauté. Cette opinion avait été consacrée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation, qui l'appliquait même dans le cas de renonciation de la femme à la communauté. Mais, par un arrêt solennel (Chambres réunies, 16 janvier 1858, Sir., 58, 1, 10), la Cour suprême revint sur cette jurisprudence, et se prononça, dans les termes les plus formels, en faveur de la doctrine exposée au texte, et qui peut être considérée comme définitivement établie. Voy. Civ. cass., 1er décembre 1858, Sir., 59, 1, 113; Civ. rej., 15 mars 1859, Sir., 59, 1, 193; Civ. cass., et Civ. rej., 23 août 1859,

Il en résulte également que, lorsque la femme a prélevé des immeubles, que le mari avait grevés d'hypothèques pendant la communauté, ces immeubles y restent affectés dans ses mains, sans que les créanciers hypothécaires soient tenus de lui faire raison du montant des créances dont elle s'est payée par le prélèvement; et ce, encore que son hypothèque légale, sur les biens de son mari, remonte à une époque antérieure à leurs hypothèques [29].

En vertu d'un bénéfice spécial attribué à la femme, ses prélèvements s'exercent avant ceux du mari. Art. 1471. Il y a plus : la femme et ses héritiers sont autorisés, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, à exercer leurs reprises sur les biens personnels du mari, tandis que celui-ci n'est admis à exercer les siennes que sur les biens de la communauté. Art. 1472. La femme et ses héritiers ne peuvent, du reste, poursuivre leurs reprises sur les biens personnels du mari que conformément aux règles ordinaires, c'est-à-dire par voie d'exécution forcée, et non par voie de prélèvement ou d'attribution.

Il n'est pas nécessaire, pour que la femme ou ses héritiers puissent exercer leurs reprises sur les biens de la communauté ou sur les biens personnels du mari, qu'ils aient fait inventaire dans les trois mois de la dissolution de la communauté [30].

Sir., 60, 1, 39 et 41. Cpr. aussi les arrêts cités aux notes suivantes. Un autre système, professé par M. Troplong (III, 1635 et 1829), attribuait à la femme, pour l'exercice de ses reprises, un privilége sur les biens communs : ce système, qui reposait sur une application erronnée de l'art. 1483, et qui était contraire au principe que les priviléges ne résultent que d'une disposition formelle de la loi, n'a jamais été admis par la Cour de cassation, et n'a plus aujourd'hui de défenseurs. Cpr. sur l'état de la doctrine et de la jurisprudence avant l'arrêt solennel du 16 janvier 1858, la note de M. Devilleneuve, insérée au Recueil de Sirey, vol. 56, 2, 593.

[29] Voy. § 264 *ter*, texte n° 3, et note 31.

[30] L'art. 1472 autorise la femme, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, à exercer ses reprises sur les biens personnels du mari, sans soumettre l'exercice de ce droit à la condition de la confection d'un inventaire dans les trois mois de la dissolution de la communauté. Ce serait donc créer une déchéance, qui n'est pas écrite dans la loi, que de refuser à la femme le bénéfice de l'art. 1472, par cela seul qu'elle n'aurait pas fait inventaire en délai utile. Elle ne ne pourrait en être privée, qu'autant qu'elle aurait de fait pris possession des valeurs de la communauté, et qu'il serait reconnu que ces valeurs étaient suffisantes pour la couvrir de ses reprises. Angers, 20 mai 1863, Sir., 64, 2, 110. Agen, 14 décembre 1866, Sir.. 67, 2, 217. Civ. rej., 18 février 1867, Sir.,

Le prélèvement exercé par l'un des époux ou ses héritiers, pour leurs reprises, sur les biens de la communauté, ne constitue, ni un partage proprement dit, ni une véritable dation en paiement, mais un simple règlement entre époux, une opération de liquidation destinée à établir la consistance réelle de la communauté, et n'impliquant aucune transmission de propriété du mari ou de ses héritiers à la femme ou à ses héritiers, ni réciproquement[31].

Il suit de là que, si le prélèvement s'exerce sur des immeubles, l'acte qui le constate n'est pas soumis à transcription[32]. Mais aussi les immeubles prélevés par la femme ou ses héritiers restent-ils soumis, entre leurs mains, aux droits que, durant la communauté, des tiers ont acquis du chef du mari, bien que ces derniers n'aient pas, avant l'acte qui constate le prélèvement, conservé leurs droits au moyen de la transcription ou de l'inscription de leurs titres. Ces formalités pourront encore être utilement remplies vis-à-vis des ayants-cause de la femme ou de ses héritiers, tant que ces ayants cause n'auront pas fait transcrire ou inscrire leurs titres[33].

Il résulte encore du principe ci-dessus posé, que l'exercice des reprises de l'un ou de l'autre époux, par voie de prélèvement sur le mobilier ou les immeubles de la communauté, ne donne pas ouverture à des droits proportionnels d'enregistrement[34]. Cette proposition s'applique même à l'acte par lequel la femme, en se faisant payer ses reprises en argent, abandonne au mari ou à ses héritiers tout l'actif de la communauté, en tant que le montant de cet

67, 1, 222. Voy. en sens contraire : Douai, 4 août 1864, Sir., 64, 2, 297. Cet arrêt a fait une fausse application des art. 1482 et 1483, en considérant les reprises des époux, comme faisant partie des dettes de communauté dont ils s'occupent. Voy. § 520, texte n° 2.

31 En cas d'acceptation de la communauté par la femme, il ne s'opère réellement, en ce qui concerne les biens communs, transmission de propriété entre les époux, que lorsque l'un d'eux abandonne à l'autre sa part dans l'émolument de communauté, c'est-à-dire dans l'excédant de la masse active, qui reste à partager, déduction faite des reprises et des dettes.

32 Voy. en ce sens : les autorités citées à la note 49 du § 209 ; et Civ. rej., 9 juin 1869, Dalloz, 1869, 1, 497. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la transcription*, n° 62.

33 Voy. les autorités indiquées à la note précedente.

34 Cpr. les arrêts cités à la note 37, *infra*.

actif, étant inférieur ou à peine égal aux reprises, se trouve complétement absorbé [35].

En cas de renonciation à la communauté, la femme ou ses héritiers conservent le droit d'exercer les reprises qu'ils auraient eu à faire valoir, pour récompenses ou indemnités, s'ils avaient accepté la communauté. Art. 1493. Mais, comme la renonciation leur a fait perdre toute espèce de droits sur les biens de la communauté, qui restent définitivement confondus dans le patrimoine du mari, avec le surplus de ses biens, ils ne sont plus admis, pour se remplir de leurs reprises, à procéder, comme au cas d'acceptation, dans la forme tracée par l'art. 1471. Ce n'est que par voie d'exécution forcée qu'ils peuvent poursuivre, même sur les biens qui faisaient partie de la communauté, le recouvrement de ce qui leur est dû [36]. Lorsque des biens de cette espèce leur sont volontairement abandonnés, ils les reçoivent, non plus à titre de prélèvement, mais à titre de dation en paiement, et l'abandon qui leur en est fait, donne ouverture à des droits proportionnels de mutation [37].

D'un autre côté, la femme qui a renoncé à la communauté, ne jouit, même au regard des créanciers personnels du mari, d'aucun droit de préférence sur le mobilier qui en dépendait. Mais aussi son hypothèque légale s'étend-elle, sur les conquêts de communauté, avec la même efficacité, que sur les immeubles propres du mari [38].

§ 511 *bis*.

Des récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux.

1° Toutes les fois que l'un des époux s'est enrichi ou a été avantagé aux dépens de la communauté, il doit récompense à celle-ci de ce dont il a profité. Art. 1437. Ainsi, il est dû récompense à la communauté :

35 Civ. cass., 13 décembre 1864, Sir., 65, 1, 89.

36 Lyon, 12 avril 1867, Sir., 68, 2, 15.

37 Civ. rej., 8 février 1858, Sir., 58, 1, 268. Civ. cass., 3 et 24 août 1858, Sir., 58, 1, 711 à 719.

38 Voy. § 264 *ter*, texte n° 3, et notes 29 et 30.

a. Pour le montant des dettes personnelles[1] de l'un ou de l'autre des époux, qui ont été acquittées des deniers de la communauté. Ce principe s'applique notamment à la dot fournie, sur les biens communs, aux enfants que l'un des époux avait d'un précédent mariage. Art. 1469.

b. Pour le montant des sommes que la communauté a déboursées, soit à l'effet d'assurer à l'un des époux la possession de ses propres[2], soit dans le but de les affranchir de charges dont ils étaient grevés[3].

c. Pour les impenses relatives à la conservation ou à l'amélioration des propres de l'un des époux, à supposer que la communauté n'en fût pas tenue en qualité d'usufruitière.

Lorsqu'il s'agit d'impenses nécessaires, la récompense est de la totalité de la somme tirée de la communauté[4]. Lors, au contraire, qu'il est question d'impenses utiles, la récompense n'est que du montant de la mieux-value à l'époque de la dissolution de la communauté, sans qu'il y ait à distinguer, si les impenses

1 C'est-à-dire des dettes qui ne sont pas tombées dans la communauté, ou qui n'y sont tombées qu'à charge de récompense. Cpr. § 508, texte et notes 1 à 3.

2 Ainsi, par exemple, il est dû récompense à la communauté pour le supplément du juste prix payé des deniers communs, à l'effet de conserver à l'un des époux, la propriété des immeubles dont le titre d'acquisition était attaqué pour cause de lésion, ainsi que pour les frais que la contestation a pu occasionner. Pothier, n° 632. Bellot des Minières, I, p. 528. Troplong, II, 1178 et suiv. Zachariæ, § 511, texte et note 27.

3 Ainsi, il est dû récompense pour le rachat des servitudes réelles dont se trouvaient grevés les héritages des époux. Mais l'acquisition de l'usufruit constitué au profit d'un tiers sur un immeuble propre à l'un des époux, ne donne pas lieu à récompense, puisque l'usufruit ainsi acquis devient un conquêt de communauté. Cpr. § 507, texte n° 3, et note 44. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 511, texte et note 26.

4 L'époux, sur l'immeuble duquel des travaux nécessaires à la conservation de cet immeuble ont été effectués, est à considérer comme ayant profité de l'intégralité des sommes déboursés pour ces travaux : *Eò locupletior factus est, quantum propriæ pecuniæ pepercit*. Aussi tous les auteurs sont-ils d'accord sur ce point. Cpr. sur les circonstances dans lesquelles les frais de reconstruction d'une maison propre à l'un des époux, peuvent être considérés comme constituant une impense nécessaire : Civ. rej., 9 novembre 1864, Sir., 65, 1, 46.

ont été faites sur un propre de la femme ou sur un propre du mari[5].

Aucune récompense n'est due pour les impenses voluptuaires, c'est-à-dire pour celles de pur agrément, et qui n'ont procuré aucune augmentation de la valeur[6].

d. Pour les frais de semences et de labours des propres des époux, lorsqu'à la dissolution de la communauté ils les reprennent ensemencés[7].

[5] Dans notre ancien Droit, il était généralement admis que les récompenses pour impenses utiles n'étaient dues que jusqu'à concurrence de la mieux-value. Il n'y avait controverse que sur le point de savoir si cette mieux-value devait s'apprécier au moment de l'achèvement des travaux, ou à l'époque de la dissolution de la communauté ; et cette dernière solution avait fini par prévaloir. Voy. Dumoulin, *Sur la coutume de Montargis*, chap. VIII, art. 12 ; Coquille, *Questions*, n° 94 ; Renusson, *Des propres*, chap. IV, sect. XI, n° 4 ; Lebrun, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 7, n° 15 ; Pothier, n°s 635 et 636. Les mêmes règles doivent être suivies sous l'empire du Code, dont l'esprit se révèle clairement dans la disposition finale de l'art. 1437, qui, en disant qu'il est dû récompense «toutes les fois que l'un des époux a tiré *un profit personnel* des biens de la communauté», indique tout à la fois le principe et la mesure de la récompense. Telle est aussi l'opinion de la majorité des auteurs. Merlin, *Rép.*, v° Récompense, sect. I, § 4, n° 2. Delvincourt, III, p. 58. Toullier, XIII, 169. Duranton, XIV, 378. Taulier, V, p. 113. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n°s 274 et 282. Odier, I, 352. Troplong, II, 1193 et 1194. Douai, 16 juillet 1853, Sir., 53, 2, 577. Metz, 24 décembre 1869, Sir., 70, 2, 155. Voy. cep. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, V, 266 ; Demante, *Programme*, III, p. 84 ; Bugnet, sur Pothier, VII, p. 326 ; Rodière et Pont, II, 960 ; Marcadé, sur l'art. 1437, n° 2. Ces derniers commentateurs enseignent qu'en principe la récompense pour impenses utiles est de la totalité des sommes déboursées, et n'admettent d'exception à ce principe que pour le cas où il s'agirait de travaux faits par le mari sur un propre de la femme, sans le consentement de celle-ci. Ils n'ont été amenés à émettre cette opinion, toute nouvelle en jurisprudence, qu'en assimilant, bien à tort, selon nous, la communauté, dont les fonds ont servi à solder des travaux faits sur les propres de l'un des époux, à un prêteur étranger, qui n'aurait pas à s'inquiéter de l'emploi plus ou moins profitable donné à ses deniers.

[6] Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, XIII, 170. Taulier, *loc. cit.* Odier, I, 353. Rodière et Pont, II, 961. Troplong, II, 1187. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1437, n° 2. — Il est bien entendu que si les travaux d'embellissement avaient eu pour résultat de procurer une augmentation de valeur à l'immeuble propre sur lequel ils ont été effectués, il en serait dû récompense sur le pied de la mieux-value à l'époque de la dissolution de la communauté. Zachariæ, § 511, note 28. Paris, 21 juin 1814, Sir., 15, 2, 21.

[7] Cpr. § 507, texte n° 2, et note 36.

e. Enfin, et à supposer, contrairement à l'opinion que nous avons émise au § 507, n° 1, que la rente viagère acquise avec des deniers ou des biens de la communauté, appartienne à l'époux survivant au profit duquel elle a été stipulée réversible. cet époux devrait récompense à la communauté, pour la valeur estimative de la rente, au jour de la dissolution de la communauté [8].

2° Chacun des époux est tenu d'indemniser la communauté à raison des objets communs dont il a disposé d'une manière illégale, ou en fraude des droits de son conjoint [9].

Mais il n'est pas dû récompense pour les donations, même immobilières, faites conjointement par les deux époux, fût-ce à d'autres qu'à leurs enfants; à moins qu'elles n'aient eu lieu sous des charges dont le résultat serait de procurer un bénéfice personnel à l'un d'eux, auquel cas ce dernier est tenu à récompense dans la mesure de ce bénéfice [10].

3° Les époux, débiteurs de récompenses ou d'indemnités envers la communauté, en sont tenus en leur nom personnel, et non pas seulement en qualité de communs en biens. Ainsi, la femme y reste obligée, même en cas de renonciation à la communauté [11].

8 Rodière et Pont, II, 871. Pont, *Revue critique*, 1852, II, p. 136; et *Petits contrats*, I, 701. Req. rej., 29 avril 1851, Sir., 51, 1, 329. Paris, 11 juin 1853, Sir., 53, 2, 456. Paris, 19 février 1864, Sir., 65, 2, 4. Paris, 14 février 1867, Sir., 67, 2, 359. Req. rej., 16 juillet 1867, Sir., 68, 1, 118. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 1200; Bouniceau-Gesmon, *Revue pratique*, 1866, XXXI, p. 290. Suivant ces auteurs, une rente viagère, quoique acquise avec des valeurs de la communauté, mais stipulée réversible au profit de l'époux survivant, constituerait un conquêt de communauté, accompagné de chances aléatoires égales pour les deux époux, et qui, par cela même, ne formerait pas, pour le survivant, un profit de nature à donner lieu à récompense. Mais cette manière de voir nous paraît inadmissible à tous égards. Comment, en effet, peut-on qualifier de *conquêt*, une valeur qui n'est pas destinée à être partagée lors de la dissolution de la communauté par la mort de l'un des époux? D'ailleurs, l'interprétation que M. Troplong donne à la volonté des époux, est pour le moins divinatoire ; et, en supposant qu'il soit intervenu entre eux une convention formelle en ce sens, cette convention serait nulle, soit comme constituant une donation mutuelle faite entre conjoints par le même acte, soit comme tendant à modifier les effets naturels et légaux du régime matrimonial adopté par les époux. Art. 1097 et 1395.

9 Cpr. § 509, texte n° 1; Troplong, II, 1198 et 1199.

10 Req. rej., 29 avril 1851, Sir., 51, 1, 329.

11 Pothier, n° 561. Zachariæ, § 511.

Les récompenses et les indemnités ne peuvent être poursuivies, contre l'un ou l'autre des époux, qu'après la dissolution de la communauté. Art. 1468. Elles portent, de plein droit, intérêt à partir du jour de cette dissolution, lors même qu'elles sont dues par une femme qui renonce à la communauté [12]. Art. 1473.

Faute par l'époux débiteur de verser à la masse commune, le montant des récompenses ou indemnités dont il est tenu, il y a lieu de sa part à un rapport en moins prenant ; ce qui revient à dire que l'autre époux a droit de prélever une valeur égale à la moitié de ces récompenses ou indemnités [13].

Lorsque les deux époux sont respectivement débiteurs envers le communauté de sommes plus ou moins considérables, il n'y a pas lieu à compensation de ces sommes, qui doivent être comprises dans l'actif de la communauté. Le mode de règlement par compensation ne pourrait être admis, qu'autant que le fonds commun présentant une valeur suffisante pour le paiement des dettes et le prélèvement des reprises des époux, ce mode ne serait pas de nature à porter préjudice soit aux créanciers, soit au mari [14].

§ 512.

Des créances de l'un des époux contre l'autre.

Les dettes mobilières de l'un des époux envers l'autre, au jour de la célébration du mariage, s'éteignent par l'effet de la réunion de leur patrimoine mobilier, à moins qu'elles n'aient été exclues

12 Cpr. § 511, texte n° 3, et note 14.

13 C'est ce qui nous paraît ressortir, de la manière la plus évidente, du rapprochement des art. 1468, 1476, 829 et 830. La Cour de Lyon a cependant jugé le contraire, par arrêt du 3 juillet 1841 (Sir., 41, 2, 347), en se fondant sur ce que l'art. 1471 n'est point applicable aux récompenses ou indemnités dues par les époux à la communauté. Cette observation est exacte sans doute; mais tout ce qu'il est possible d'en conclure, c'est que l'époux au profit duquel existe en pareil cas la faculté de prélèvement, n'est pas autorisé à choisir les objets qui devront lui être attribués.

14 Bellot des Minières, IV, p. 390. Rodière et Pont, II, 1071. Troplong, III, 1614. Amiens, 10 avril 1861, Sir., 61, 2, 413. Voy. cep. Zachariæ, § 511, texte *in fine*, et note 33. Cet auteur admet la compensation d'une manière absolue.

de la communauté par une clause du contrat de mariage[1]. Au contraire, les dettes immobilières, antérieures au mariage, de l'un des époux envers l'autre, continuent à subsister.

L'un des époux peut, durant le mariage, devenir débiteur de l'autre dans diverses circonstances, dont voici les principales :

1° Lorsque l'un des époux ayant passé vente à l'autre, dans un des cas prévus par l'art. 1595, ce dernier est resté débiteur d'un retour.

2° Lorsque des objets corporels ou des créances propres à l'un des époux ont été employés directement[2], par exemple au moyen d'une dation en paiement, ou d'une délégation, à l'acquittement de dettes personnelles à l'autre époux[3], et notamment au paiement de la dot constituée par ce dernier à un enfant d'un précédent mariage. Art. 1478.

3° Lorsque les époux ayant doté conjointement un enfant commun, la dot est fournie sur les biens personnels de l'un d'eux[4]. Art. 1438.

4° Lorsqu'il échoit à l'un des époux une succession immobilière, à laquelle l'autre époux doit une dette immobilière.

[1] Cpr. art. 1510 et suiv.

[2] Si les deniers provenants de la vente du propre de l'un des conjoints, aliéné pendant le mariage, avaient été confondus dans la masse commune, et que la communauté eût, au moyen de ces deniers, acquitté des dettes personnelles à l'autre conjoint, l'époux auquel appartenait le propre aliéné, deviendrait créancier de la communauté, laquelle, à son tour, serait créancière de l'autre époux. La distinction entre cette hypothèse et celle qui est prévue au texte, est importante à faire pour l'application des art. 1473 et 1479.

[3] Il ne faut pas oublier que, si le prix d'aliénation d'un propre de la femme avait été délégué en paiement d'une dette personnelle du mari, la femme serait non-seulement créancière du mari, mais encore de la communauté elle-même. En effet, toutes les dettes du mari sont, en ce qui concerne les créanciers, des dettes de communauté. C'est pour avoir perdu de vue ce principe, auquel la loi n'a pas dérogé en ce qui concerne les dettes du mari envers la femme, que Delvincourt (III, p. 71) a donné une solution erronée, selon nous, à la question de savoir, de quelle manière se calcule l'émolument de communauté dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer. Ce calcul doit se faire de la même manière que s'il s'agissait d'une récompense due par la communauté à raison de deniers propres de la femme, qui de fait auraient été confondus dans la masse commune. Cpr. Duranton, XIV, 358.

[4] Cpr. § 500, texte n° 2, et note 8.

5° Lorsque l'un des époux ayant garanti[5], conjointement ou solidairement[6] avec l'autre, la vente passée par ce dernier d'un objet à lui propre, vient à être recherché à raison de cette garantie. Art. 1432.

6° Enfin, lorsque l'un des époux se trouve créancier de l'autre par suite d'une donation. Art. 1480.

Les créances de l'un des conjoints contre l'autre sont susceptibles d'être poursuivies, tant sur les biens personnels de l'époux débiteur, que sur sa part dans la masse commune.

Elles ne peuvent l'être, en général, qu'après la dissolution de la communauté[7]. Art. 1478.

Toutefois, la femme est, même avant la dissolution de la communauté, autorisée à faire valoir son hypothèque légale, au moyen d'une demande en collocation éventuelle, ou selon les cas actuelle, dans les ordres ouverts sur le mari, pour la distribution du prix d'immeubles à lui personnels ou de conquêts de communauté[8]. Art. 2195. Elle peut également, lorsqu'elle a formé une demande en séparation de biens, réclamer collocation dans les distributions par contribution ouvertes sur le mari, pour le cas où sa demande en séparation de biens serait accueillie[9].

Les créances de l'un des époux contre l'autre, ne portent intérêt que du jour de la demande en justice[10]. Art. 1479.

5 L'art. 1432 ne parle que de la garantie promise par le mari; mais sa disposition s'applique *a fortiori* à la garantie promise par la femme.

6 L'art. 1432 dit *solidairement ou autrement*. Il ne faut pas conclure de cette dernière expression que le mari se rende, par le seul fait de son autorisation, garant de la vente passée par la femme, d'un immeuble à elle propre. Troplong, II, 1056. Zachariæ, § 512, note 4. Cpr. § 472, texte n° 6, et note 9; § 509, texte n° 4, et note 44.

7 Bellot des Minières, II, p. 498. Troplong, III, 1700. Rodière et Pont, II, 965. Zachariæ, § 512, texte et note 6. Paris, 10 frimaire an XII, Sir., 5, 2, 288. Paris, 1er août 1820, Sir., 21, 2, 15. Bordeaux, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 609. Cpr. Nîmes, 17 novembre 1863, Sir., 63, 2, 246.

8 Voy. § 295, texte n° 2, et notes 16 à 19. Aux autorités y citées, *junge*: Lyon, 7 avril 1854, Sir., 54, 2, 577; Bastia, 25 janvier 1862, Sir., 62, 2, 453.

9 Besançon, 20 novembre 1852, Sir., 53, 2, 127. — Voy. aussi sur les droits des créanciers de la femme au cas de faillite ou de déconfiture du mari: Art. 1446, § 516, texte n° 1, notes 3 à 6.

10 Si cependant une créance de l'un des époux contre l'autre avait été exclue de la communauté, et qu'elle portât intérêt dès avant le mariage, les intérêts recommenceraient à courir du jour de la dissolution de la communauté, sans qu'il fût besoin d'une demande en justice.

Appendice aux §§ 507 a 512.

§ 513.

Spécialités concernant les successions échues aux conjoints pendant le mariage.

1° Le mari est maître d'accepter ou de répudier les successions qui lui échoient pendant le mariage, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens dont elles se composent. Il ne doit aucune indemnité à la communauté, pour avoir accepté une succession obérée, ou pour avoir répudié une succession avantageuse, pourvu que dans l'un et l'autre cas il ait agi sans fraude, et que la renonciation en particulier n'ait point eu pour but de favoriser ses héritiers au détriment de la communauté [1].

[1] Cpr. § 509, texte n° 1, notes 3 et 4. Rodière et Pont, II, 748 et 749. Suivant M. Troplong (II, 788), le mari qui aurait accepté imprudemment, et sans inventaire, une succession obérée, devrait indemniser la communauté du préjudice que lui a causé cette acceptation. Mais cette opinion est évidemment contraire à la règle que toutes les dettes contractées par le mari, durant le mariage, restent, en général, à la charge définitive de la communauté, sans donner lieu à récompense. L'art. 1415, que le savant auteur invoque à l'appui de sa manière de voir, n'a aucun trait à la question. En parlant du préjudice qui peut résulter pour la femme du défaut d'inventaire, et du droit qui lui appartient, en pareil cas, de poursuivre les récompenses de droit, cet article n'a point en vue le dommage occasionné à la communauté par l'acceptation que ferait le mari d'une succession obérée, mais le tort qui serait causé à la femme si, en l'absence d'inventaire, on voulait mettre à la charge de la communauté, une portion de passif supérieure à celle que, d'après l'art. 1414, elle doit en définitive supporter, eu égard à la valeur comparative des meubles et des immeubles héréditaires. Quant au passage de Lebrun (liv. II, chap. III, sect. II, dist. 1, n° 10) dont se prévaut M. Troplong, il porte, ainsi que cela résulte des explications données par les annotateurs de cet auteur, sur une question complétement différente de celle dont nous nous occupons, et se réfère à un système de distinction et de partage des dettes, auquel l'art. 1414 a substitué une règle de contribution proportionnelle entre les meubles et les immeubles, applicable à toutes les dettes indistinctement. Du reste, M. Troplong nous paraît avoir rectifié son opinion au n° 827, dans lequel il n'impose au mari l'obligation de récompense que pour le cas où il aurait agi par fraude.

La femme ne peut valablement accepter les successions qui lui échoient pendant le mariage, ou y renoncer, qu'avec l'autorisation de son mari ou celle de la justice. Art. 776, al. 1.

Comme chef de la communauté, le mari est, malgré l'abstention de la femme, autorisé à prendre possession et à provoquer le partage, définitif ou provisionnel suivant les cas, des successions échues à cette dernière. Art. 818. De pareils actes de gestion, faits par le mari sans la participation de la femme, ne constituent pas de sa part une véritable acceptation, qui le soumette irrévocablement au paiement des dettes *ultra vires hereditarias*[2]. D'un

[2] Voy. en ce sens : Renusson, *De la communauté*, part. I, chap. XII, nos 6 à 9. — On est loin d'être d'accord sur la position du mari, lorque la femme néglige ou refuse d'accepter une succession qui lui est échue. Nombre d'auteurs enseignent, d'après Pothier (*Des successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 2), que le mari peut, sans le concours de sa femme, accepter, à ses risques et périls, les successions échues à cette dernière. Voy. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 776, nos 3 et 4 ; Delvincourt, II, p. 82 ; Toullier, IV, 318 ; Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 776, n° 3 ; Duranton VI, 424 ; Taulier, III, p. 225 ; Demolombe, XIV, 326. Cette opinion est à notre avis inadmissible, même en ce qui concerne les successions purement mobilières, puisque la première condition pour accepter valablement une succession, est d'y être appelé. Le mari peut, sans doute, prendre possession des biens héréditaires, dont la femme se trouve investie en vertu de la saisine, mais cette prise de possession ne saurait lui imprimer la qualité d'héritier. En vain dirait-on que le mari ayant, en matière mobilière, l'exercice des droits et actions de la femme, est, par cela même, autorisé à accepter, au nom de celle-ci, les successions mobilières qui lui échoient, et se trouve ainsi, en sa qualité de chef de la communauté, irrévocablement et indéfiniment obligé au paiement des dettes dont elles se trouvent grevées. Cet argument prouverait trop : il en résulterait que, par l'effet de cette acceptation, valablement faite en son nom, la femme serait elle-même, et sur son propre patrimoine, irrévocablement et indéfiniment tenue des dettes héréditaires. Or, cette conséquence, contraire au principe que le mari ne peut engager les propres de sa femme sans le consentement de celle-ci, est généralement rejetée, et n'est pas même admise par les auteurs ci-dessus cités. Cpr. texte et note 3 *infra*. Zachariæ rejette également, à la note 11 du § 511, l'opinion contre laquelle nous venons de nous prononcer. Mais il ajoute, à la note 5 du § 513, que, si la femme refuse d'accepter une succession qui lui est échue, l'art. 788 deviendra applicable, sans donner aucune explication de nature à faire comprendre le sens et les applications de cette proposition. M. Thiry est plus explicite. La théorie nouvelle qu'il a proposée (*Revue critique*, 1857, XI, p. 248), et qui prendrait aussi, selon lui, son point de départ dans l'art. 788, peut se résumer ainsi : En cas de conflit entre le mari qui veut accepter et la femme qui refuse de le faire,

autre côté, ces mêmes actes de gestion ne lient pas la femme, qui demeure libre, sous l'autorisation de son mari ou celle de la justice, de renoncer à la succession[3], pourvu qu'elle ne s'y soit pas personnellement immiscée, et qu'elle n'ait pas perdu, par la prescription trentenaire, la faculté de la répudier. Si, dans ces conditions, la femme vient à renoncer, le mari est tenu de restituer à qui de droit les biens héréditaires dont il a pris possession, et peut même être contraint sur ses biens personnels, quand il a négligé de faire constater la consistance de la succession.

Il est, du reste, bien entendu qu'aussi longtemps que la femme n'a pas valablement renoncé à la succession appréhendée par son mari, ses cohéritiers et les créanciers héréditaires sont en droit d'agir, tant contre elle que contre lui, comme si elle avait accepté cette succession de son consentement. Il en est ainsi, non-seulement dans le cas où la femme n'a fait aucune démarche pour obte-

il appartient à la justice de statuer sur la difficulté. Si elle accorde à la femme l'autorisation de renoncer, le mari se trouvera définitivement privé de la faculté d'accepter. Si, au contraire, elle donne à ce dernier l'autorisation d'appréhender la succession, il ne pourra le faire que conformément à l'art. 788, de telle sorte que le mari se trouvera dans la condition d'un créancier ayant accepté la succession au lieu et place de son débiteur renonçant, et que la femme sera personnellement affranchie des conséquences d'une acceptation à laquelle elle est restée étrangère. Ce système, dont les résultats pratiques se rapprochent, à certains égards, de ceux de notre doctrine, nous semble cependant devoir être repoussé, parce qu'il est en contradiction avec la disposition législative qui lui sert de base. L'art. 788 suppose, en effet, la renonciation de l'héritier, et a pour objet de sauvegarder les droits des créanciers contre les conséquences de cette renonciation, en les autorisant à accepter la succession du chef de leur débiteur ; tandis qu'au rebours de la disposition de cet article, M. Thiry refuse au mari la faculté d'appréhender la succession, lorsque la femme a été autorisée à la répudier. D'un autre côté, on ne comprendrait pas qu'en l'absence de toute renonciation de la part de la femme, ses cohéritiers et les créanciers héréditaires fussent privés du droit d'agir contre elle.

[3] Tous les auteurs, tant anciens que modernes, sont d'accord sur ce point. Louet, lett. *m*, somm. 25, n° 3. Renusson, part. I, chap. XII, n°s 3 à 7. Lebrun, liv. II, chap. II, sect. IV, n° 37. Furgole, *Des testaments*, chap. X, sect. I, n° 36. Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. IV, chap. II, sect. VI, n°s 26 et 27. Odier, I, 277. Fouet de Conflans, *Esprit de la jurisprudence sur les successions*, sur l'art. 776, n° 3. Troplong, II, 995. Voy. aussi les auteurs cités à la note précédente. Cpr. Riom, 18 avril 1825 et 19 avril 1828, Sir., 26, 2, 75 et 29, 2, 9.

nir l'autorisation de renoncer, mais encore dans celui où cette autorisation lui a été refusée. Et à supposer, dans l'un ou l'autre de ces cas, que, d'après ce qui a été dit ci-dessus, la femme ait conservé la faculté de renoncer, elle ne pourra plus l'excercer, que sous la réserve des effets des jugements prononcés contre elle et passés en force de chose jugée.

2° Les effets de l'acceptation d'une succession échue à l'un des époux pendant le mariage, varient selon qu'il s'agit d'une succession purement mobilière, ou d'une succession purement immobilière, ou enfin d'une succession composée tout à la fois de meubles et d'immeubles. Ces effets varient en outre, selon que la succession est dévolue au mari, ou qu'elle est dévolue à la femme, et, au dernier cas, selon qu'elle a été acceptée avec autorisation du mari, ou seulement avec celle de la justice.

a. Des successions mobilières. Les successions mobilières, échues pendant le mariage à l'un ou à l'autre des époux, tombent dans la communauté, en ce qui concerne les valeurs actives qui en dépendent. Il en est ainsi, même dans le cas où la femme n'aurait accepté qu'avec l'autorisation de la justice une succession qui lui est échue [4].

Le sort du passif de pareilles successions se règle d'après les distinctions suivantes :

Lorsqu'il s'agit d'une succession échue au mari, les dettes, tant immobilières [5] que mobilières, qui la grèvent, tombent à la charge de la communauté, non-seulement en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers, mais encore quant aux droits respectifs des époux, et par conséquent sans que le paiement de ces dettes par la communauté donne lieu à récompense de la part du mari. Art. 1411.

Les mêmes règles s'appliquent aux successions échues à la femme, lorsqu'elle les a acceptées avec l'autorisation du mari. Art. 1411.

Si, au contraire, une succession échue à la femme n'a été acceptée par elle qu'avec l'autorisation de la justice, la communauté n'est, tant à l'égard des créanciers que de la femme elle-même,

4 Renusson, part. I, chap. XII, n°s 24 et 25. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. II, dist. 2, n° 14. Battur, I, 329. Troplong, II, 833. Zachariæ, § 513, note 6.

5 *Nec obstat* art. 1409, n° 1. Cpr. § 508, texte n° 2, et note 30.

tenue des dettes qui grèvent cette succession, que jusqu'à concurrence des valeurs actives qui sont entrées dans le fonds commun, ou dont la communauté a profité, pourvu d'ailleurs que le mari ait fait constater, au moyen d'un inventaire régulier, la consistance de l'hérédité [6].

L'époux du chef duquel une succession mobilière est tombée dans la communauté, reste malgré cela engagé, sur ses biens personnels, envers les créanciers héréditaires. Il en est ainsi quant à la femme, soit qu'elle ait accepté la succession du consentement du mari, ou qu'elle ne l'ait acceptée qu'avec l'autorisation de justice. Toutefois, dans ce dernier cas, les créanciers ne peuvent, pendant la durée de la communauté, poursuivre le paiement de leurs créances, que sur la nue propriété des biens propres de la femme. Art. 1417.

Le mari qui a été contraint de payer, sur ses biens personnels, des dettes grevant une succession mobilière à lui échue, a droit, contre la communauté, à une indemnité du montant total de ces dettes, encore que l'émolument de la succession s'y trouve être inférieur. Il en est de même dans le cas où, comme chef de la communauté, le mari a été obligé de payer, sur ses biens personnels, les dettes d'une succession échue à la femme et acceptée par elle de son consentement.

La femme qui a payé, de ses biens personnels, les dettes d'une succession mobilière à elle échue, a également droit à une indemnité contre la communauté. Cette indemnité varie suivant qu'elle a accepté la succession du consentement du mari, ou avec la simple autorisation de justice : elle est, au premier cas, du montant total des dettes acquittées ; et, dans le second, elle est limitée à l'émolument que la communauté a retiré de la succession, à supposer, bien entendu, que la consistance en ait été dûment constatée.

Lorsque l'époux auxquel échoit une succession purement mobilière, avait contre le défunt une créance qui lui était restée propre, cette créance continue à subsister à son profit, et doit lui être bonifiée par la communauté. Réciproquement, si l'époux

6 Cette restriction, que le Code Napoléon n'énonce pas d'une manière explicite en ce qui concerne les successions purement mobilières, résulte *a fortiori* des art. 1416, al. 2, et 1417.

héritier se trouvait débiteur du défunt d'une dette qui ne soit pas tombée dans la communauté, il en devient redevable envers cette dernière [7].

b. Des successions immobilières. Les biens qui dépendent d'une succession immobilière échue à l'un des époux, restent propres à cet époux.

Réciproquement, les dettes, soit mobilières, soit immobilières, qui grèvent une pareille succession, restent, en ce qui concerne les rapports des conjoints entre eux, à la charge de l'époux héritier, qui en doit, par conséquent, récompense à la communauté, lorsque celle-ci les a acquittées.

Les créanciers d'une succession immobilière, échue au mari, peuvent poursuivre le recouvrement de leurs créances, non-seulement sur les biens composant l'hérédité ou sur les biens personnels du mari, mais encore sur ceux de la communauté. Art. 1412, al. 2. Au contraire, les créanciers d'une succession immobilière, échue à la femme, n'ont pas d'action sur les biens de la communauté, lors même que la femme s'est portée héritière avec l'autorisation du mari [8]; cette autorisation n'a d'autre effet que de donner aux créanciers le droit de poursuivre, même pendant le mariage, le recouvrement de leurs créances sur la pleine propriété des biens propres de la femme. Que si cette dernière ne s'est portée héritière qu'avec l'autorisation de la justice, ils ne peuvent agir

[7] Quoique la communauté ne recueille l'hérédité que par l'intermédiaire et du chef de l'époux héritier, et que celui-ci succède directement au défunt, il ne s'opère cependant pas, en pareil cas, de confusion définitive, soit au profit, soit au préjudice de l'époux héritier. La communauté doit être assimilée à un cessionnaire des droits successifs de ce dernier; et, à ce titre, elle est tenue de lui bonifier ce que le défunt lui devait, et elle a droit à la bonification de ce qu'il devait au défunt. L. 2, § 18, *D. de hæred. vend.* (18, 4). Voy. § 359 *ter*, texte n° 3. Pothier, n°s 268 et 269. Duranton, XIV, 243. Odier, I, 574. Rodière et Pont, II, 753 et 754. Marcadé, sur les art. 1411 à 1413, n° 2, *in fine*. Troplong, II, 790. Cpr. aussi : Toullier, XII, 293.

[8] Toullier (XII, 282) émet une opinion contraire, en se fondant sur l'art. 1419, qui, selon lui, pose une règle absolue. Mais il est évident que l'art. 1413 fait, de même que l'art. 1432, exception à cette règle. Cpr. § 472, texte n° 6, et note 95. Demante, *Thémis*, VIII, p. 100. Delvincourt, III, p. 31 et 32. Bellot des Minières, I, 279. Battur, I, 332. Duranton, XIV, 236. Odier, I, 181. Rodière et Pont, II, 772. Taulier, V, p. 80. Marcadé, sur les art. 1411 à 1413, n° 1. Troplong, II, 799 et suiv. Zachariæ, § 513, texte et note 8.

que sur la nue-propriété de ses biens propres, et encore, en cas d'insuffisance seulement des biens de la succession[9]. Art. 1412, al. 1, et 1413.

c. Des successions composées à la fois de meubles et d'immeubles. Les immeubles qui font partie d'une succession composée de meubles et d'immeubles, restent propres à l'époux héritier. Au contraire, les objets mobiliers dépendants d'une pareille succession tombent dans la communauté, lors même qu'il s'agit d'une succession échue à la femme, et qui n'a été acceptée par celle-ci qu'avec l'autorisation de la justice.

Les dettes, soit mobilières, soit immobilières[10], qui grèvent une succession de cette nature, sont, en général, à la charge de la communauté, dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles[11], et restent, pour le surplus, à la charge de l'époux héritier. Art. 1414. Il faut donc, en ce qui concerne ces dettes, appliquer d'une manière distributive, et d'après la distinction qui vient d'être indiquée, les principes développés sous les lettres *a* et *b*. Toutefois, et par dérogation partielle à ceux de ces principes qui concernent les successions immobilières, les créanciers d'une succession, en partie mobilière et en partie immobilière, échue à la femme et acceptée par elle avec l'autorisation du mari, ont action sur les biens de la communauté, non-seulement dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles, mais pour l'intégralité de leurs créances, sauf récompense à la communauté, lorsqu'elle a payé au delà de

9 Il résulte de là, pour les époux, un bénéfice de discussion qui, quoique contraire à la rigueur des principes, s'explique par la considération que la vente forcée de la nue-propriété des biens personnels de la femme peut entraîner, pour elle et pour la communauté, de graves inconvénients. On comprend que le législateur ait cherché à les écarter par un moyen de conciliation, qui n'est pas de nature à léser sérieusement les intérêts des créanciers. Toullier, XII, 291. Zachariæ, § 513, note 18.

10 Toullier, XII, 288. Duranton, XIV, 237. Cpr. note 5 *supra*. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, I, p. 289.

11 Et non pas seulement au prorata de l'émolument que de fait la communauté a recueilli. Toullier, XII, 292. Zachariæ, § 513, texte et note 42. Cpr. Duranton, XIV, 237; Odier, I, 184; Rodière et Pont, II, 773; Troplong, II, 809.

sa portion contributoire, telle qu'elle est réglée par l'art. 1414[12]. Art. 1416, al. 1.

Lorsque l'époux auquel échoit une succession en partie mobilière et en partie immobilière, se trouve être créancier ou débiteur du défunt, d'une dette active ou passive qui n'est pas tombée dans la communauté, cette dette s'éteint par confusion jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession comparée à celle du mobilier, et pour le surplus l'époux héritier devient, ou créancier, ou débiteur de la communauté[13].

La valeur respective du mobilier et des immeubles doit être constatée au moyen d'un inventaire régulier[14], que le mari est tenu de faire dresser, même dans le cas où il s'agit d'une succession que la femme n'a acceptée qu'avec l'autorisation de la justice. Le défaut d'accomplissement de cette formalité, prescrite dans l'intérêt de la femme et dans celui des créanciers, entraîne contre le mari les deux conséquences suivantes :

α. Lorsqu'il s'agit d'une succession échue à la femme, celle-ci ou ses héritiers peuvent, pour établir la part contributoire de la communauté aux dettes de cette succession, faire preuve, même par

12 Cette dérogation, qui résulte nettement de la combinaison des art. 1414 et 1416, et surtout de la réserve faite dans ce dernier article *des récompenses respectives*, est difficile à justifier en pure théorie. Il paraît que les rédacteurs du Code Napoléon ont craint, qu'en appliquant au droit de poursuite des créanciers, le principe de la contribution aux dettes posé par l'art. 1414, il ne s'élevât des contestations trop fréquentes sur la portion contributoire de la communauté dans les dettes. Maleville, sur l'art. 1416. Duranton, XIV, 240. Odier, I, 287. Rodière et Pont, II, 775. Marcadé, sur l'art. 1417, n° 2. Troplong, II, 829 et 830. — Zachariæ (§ 513, texte et note 13) rejette la dérogation dont nous venons de parler, et enseigne, en conséquence, que les créanciers d'une succession, partie mobilière et partie immobilière, échue à la femme, et acceptée par celle-ci du consentement du mari, ne peuvent agir sur les biens de la communauté et sur les biens personnels de ce dernier, que dans la mesure de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles. Mais cette opinion est manifestement repoussée par l'art. 1416.

13 Odier, I, 190. Cpr. texte et note 7 *supra*.

14 Cet inventaire doit, pour remplir complétement le vœu de la loi, contenir la description et l'estimation tant des immeubles que des meubles. Toutefois, le défaut de description et d'estimation des immeubles ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1416, al. 2. Toullier, XII, 288 et 290. Rodière et Pont, II, 757. Zachariæ, § 513, note 14.

témoins et au besoin par commune renommée[15], de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié. Le mari, au contraire, n'est jamais admis à ces moyens de preuve exceptionnels, quand il s'agit d'une succession qui lui est échue, et dont le mobilier n'a point été inventorié. Art. 1415. Mais il pourrait, malgré le défaut d'inventaire, établir la consistance de ce mobilier à l'aide de tout autre titre propre à en justifier, tel qu'un acte de partage, un compte de tutelle, un inventaire commercial fait à une époque voisine de l'ouverture de la succession[16].

β. Les créanciers d'une succession acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice seulement, peuvent, à défaut d'inventaire, poursuivre le paiement de l'intégralité de leurs créances sur les biens communs, et par suite sur les biens propres du mari, tout comme si la femme avait accepté la succession avec l'autorisation de ce dernier. Art. 1416, al. 2.

Du reste, les principes exposés au présent paragraphe sont, en ce qui concerne les rapports des époux et des créanciers héréditaires[17], sujets à modification, lorsqu'il s'agit d'une succession qui n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Dans ce cas, la communauté et les époux jouissent de tous les avantages attachés à ce mode d'acceptation[18]. D'un autre côté, ces principes ne s'opposent pas à ce que les créanciers d'une succession échue à un époux commun en biens avec son conjoint, provoquent la séparation des patrimoines, pour empêcher que les créanciers de la communauté ne concourent avec eux, sur les biens de la succession[19].

Les règles qui viennent d'être tracées, sur le passif des successions, s'appliquent également aux dettes et charges grevant des donations ou des legs, sauf, toutefois, les modifications que rendraient nécessaires des clauses d'après lesquelles les objets donnés

15 Cpr. sur la nature de la preuve par commune renommée : § 761, texte *in fine*.

16 Rodière et Pont, II, 761 et 762. Marcadé, sur les art. 1414 à 1417, n° 1. Troplong, II, 816 et 817. Cpr. Civ. rej., 10 août 1842, Sir., 42, 1, 779.

17 L'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'exerce aucune influence sur les rapports des époux entre eux. Troplong, II, 814.

18 Zachariæ, § 513, texte et note 2.

19 Odier, I, 169. Rodière et Pont, II, 744. Marcadé, sur les art. 1414 à 1417, n° 2, *in fine*. Zachariæ, § 513, note 10, et texte *in fine*.

ou légués seraient exclus de la communauté, ou y tomberaient, par dérogation aux règles ordinaires[20]. Art. 1418.

§ 514.

Spécialités sur les rentes perpétuelles dues à l'un des conjoints, ou par l'un d'eux.

Les rentes, soit constituées, soit foncières, ayant été mobilisées par la loi du 11 brumaire an VII, il n'y a plus, en ce qui concerne les droits des époux mariés sous le régime de la communauté, de différence à faire entre de pareilles rentes et toute autre espèce de créances ou de dettes mobilières. Ainsi, à moins de stipulation contraire, les rentes de cette nature, dues à l'un des époux au moment de la célébration du mariage, tombent dans l'actif de la communauté, sans que l'époux créancier ait à ce sujet droit à aucune récompense. Ainsi encore, lorsque l'un des époux se trouve, au jour de la célébration du mariage, personnellement débiteur de pareilles rentes, elles tombent dans le passif de la communauté, sans récompense envers celle-ci, à moins cependant qu'elles ne forment le prix d'acquisition d'immeubles dont cet époux est encore en possession[1].

Mais, lorsque l'un des époux possède, au jour de la célébration du mariage, un immeuble grevé d'une rente de cette espèce, au paiement de laquelle il ne se trouve pas personnellement obligé, le capital ou le fonds de cette rente reste, d'une manière absolue, c'est-à-dire même à l'égard du créancier, exclu du passif de la communauté[2]. A plus forte raison, celle-ci a-t-elle droit à récompense, lorsqu'elle en a effectué le rachat.

Il importe peu, sous tous ces rapports, que la rente ait été créée depuis ou avant la loi du 11 brumaire an VII.

Il est du reste bien entendu que, lorsqu'il s'agit d'une communauté de biens établie antérieurement à la promulgation de cette loi, les droits des époux, quant aux rentes créées avant cette époque,

20 Cpr. art. 1401, n° 1, et 1405. Toullier, XII, 294. Marcadé, sur l'art. 1418. Zachariæ, § 513, texte et note 19.

1 Cpr. § 508, texte et note 24.

2 Cpr. § 508, texte et note 12.

continuent à être régis par les principes de l'ancienne législation sur la matière [3].

§ 515.

De la dissolution de la communauté. — Des différentes manières dont elle se dissout.

1° La communauté se dissout en vertu de la loi :

a. Par la mort de l'un des époux. Art. 1441, n° 1.

Cet événement en entraîne la dissolution immédiate et définitive, sans que le défaut d'accomplissement, par le survivant, de l'obligation dont il va être parlé, puisse donner lieu contre lui à la continuation de la communauté, en faveur des enfants mineurs issus du mariage [1]. Art. 1442.

L'époux survivant doit, dans les trois mois du décès de son conjoint [2], faire inventaire de la communauté. Ce délai est sus-

[3] Décider le contraire, ce serait attribuer un effet rétroactif à la loi de brumaire an VII. Cpr. § 501, texte et note 5.

[1] Il en était autrement dans l'ancien Droit. Les art. 240 et 241 de la coutume de Paris, qui, sous ce rapport, formaient le Droit commun, attribuaient aux enfants mineurs de l'époux prédécédé, dont le conjoint survivant avait négligé de faire inventaire, la faculté de demander le partage de la communauté, tout comme si elle avait continué jusqu'au moment de leur demande. Cpr. Pothier, n[os] 769 et suiv. L'art. 1442 a eu pour objet d'abroger cette disposition, dont l'application donnait lieu à de fréquentes contestations, et de remplacer l'espèce de pénalité qu'elle renfermait par de nouvelles garanties en faveur des héritiers et ayants-cause de l'époux prédécédé. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 196, n° 20). Zachariæ, § 517, note 5.

[2] Aucun texte n'indique dans quel délai doit être fait l'inventaire prescrit par l'art. 1442. Mais, comme il n'est pas possible de supposer que le législateur ait voulu laisser au survivant un temps indéterminé pour y faire procéder, on est forcément conduit à admettre que, dans sa pensée, ce délai devait être celui qui est généralement fixé pour la confection des inventaires, tant en matière de succession qu'en matière de communauté. Cpr. art. 795, 1456 et 1465. Voy. les auteurs cités aux notes suivantes. — Du reste, il ne peut être question de combiner l'art. 451 avec l'art. 1442, quant à l'application des conséquences attachées par ce dernier article au défaut d'inventaire en temps utile. Ainsi, il n'est pas nécessaire, sous ce rapport, que l'inventaire, comme l'enseignent Toullier (XIII, 16) et M. Bellot des Minières (II, p. 97; IV, p. 345 et suiv.), soit commencé dans les dix jours, et bien moins encore qu'il soit terminé dans ce délai, ainsi que le prétend M. Magnin (*Des minorités,* I, p. 254 et 255). Odier, I, 364. Demolombe, VI, 574.

ceptible d'être prorogé. Art. 1458 et arg. de cet art. Mais, à défaut de prorogation, il doit être considéré comme fatal, en ce sens du moins que les tribunaux ne pourraient relever l'époux survivant des conséquences attachées au défaut d'inventaire[3], à moins que des circonstances indépendantes de sa volonté ne l'eussent placé dans l'impossibilité d'y faire procéder dans le délai utile[4].

Le défaut d'inventaire entraîne les conséquences suivantes[5].

α. Les héritiers ou successeurs universels de l'époux prédécédé et toutes autres personnes intéressées[6] sont autorisés à faire, contre l'époux survivant ou ses ayants-cause, preuve, tant par titres que par témoins, et même par commune renommée[7], de la consistance et de la valeur du fonds commun.

β. Lorsqu'il existe des enfants mineurs issus du mariage, l'époux survivant perd la jouissance légale des biens de ces enfants, et devient personnellement responsable envers eux des fruits et

[3] Toullier, XIII, 16 et 17. Battur, II, 771. Bellot des Minières, II, p. 91 à 96. Duranton, III, 389. Odier, I, 363. Rodière et Pont, II, 1006. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 3. Troplong, II, 1290 à 1295. Zachariæ, § 517, note 6, *in fine*, et texte et note 12. Douai, 15 novembre 1833, Sir., 34, 2, 189. Orléans, 7 mars 1863, Sir., 63, 2, 208. Voy. en sens contraire : Bourges, 14 février 1859, Sir., 60, 2, 114. Cpr. aussi : Proudhon, *De l'usufruit*, I, 170 à 177.

[4] Cpr. Demolombe, VI, 571 à 573; Caen, 18 août 1842, Sir., 43, 2, 49; Orléans, 7 mars 1863, Sir., 63, 2, 208.

[5] Nous n'avons pas à nous occuper ici des conséquences qu'entraîne le défaut d'inventaire de la part de la femme, en ce qui concerne le bénéfice que lui accorde l'art. 1483, et la faculté qu'elle a de renoncer à la communauté. Voy. à cet égard : §§ 517 et 520.

[6] *Rapport au Tribunat* par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 259, n° 34). Battur, II, 618. Odier, I, 360. Rodière et Pont, II, 997. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 2. Troplong, II, 1284. — Toullier (XIII, 5) enseigne, mais évidemment à tort, que le premier alinéa de l'art. 1442 ne s'applique qu'au cas où il existe des enfants mineurs, et que ces enfants seuls sont admis à la preuve par commune renommée. La généralité des expressions *parties intéressées*, qui se trouvent dans cet alinéa, et leur rapprochement des termes *s'il y a des enfants mineurs*, par lesquels commence le deuxième alinéa, repoussent évidemment cette restriction. Voy. cep. Zachariæ, § 517, note 7.

[7] Cpr. § 761, texte *in fine*. Le juge pourrait, selon les circonstances, rejeter la preuve par commune renommée. Rodière et Pont, II, 997. Zachariæ, § 517, note 9. Req. rej., 26 juin 1827, Sir., 27, 1, 521.

des intérêts des biens qui se trouvaient soumis à cette jouissance [8]. Art. 1442.

La déchéance prononcée par l'art. 1442, quoique n'étant attachée qu'au défaut d'inventaire des biens communs [9], s'applique cependant à la jouissance de tous les biens des enfants indistinctement, et non pas seulement à celle de leur part dans la communauté [10].

On doit assimiler au cas où l'époux survivant n'a fait dresser aucun inventaire, celui où il n'a fait qu'un inventaire irrégulier [11] ou incomplet [12]. Toutefois, les tribunaux peuvent se dispenser de prononcer la déchéance établie par l'art. 1442, si les irrégularités ou les omissions que présente l'inventaire, leur paraissent, d'après les circonstances, être le résultat d'une erreur excusable [13].

Les dispositions de l'art. 1442 s'appliquent à la communauté conventionnelle, aussi bien qu'à la communauté légale [14], et même à la société d'acquets stipulée accessoirement au régime dotal [15]. Mais elles ne sauraient être étendues, ni au régime dotal, ni même

8 Civ. cass., 9 août 1865, Sir., 65, 1, 447. Cpr. § 264 *bis*, note 26.

9 Cette déchéance est étrangère au défaut d'inventaire de biens provenants d'une autre origine que de la communauté dissoute, et notamment de biens échus aux enfants durant le mariage. Duranton, III, 390. Demolombe, VI, 579. Zachariæ, § 549, texte et note 37, *in fine*. Dijon, 17 janvier 1856, Sir., 56, 2, 349. Voy. cep. Toullier, II, 1063, et XIII, 9.

10 L'opinion contraire, enseignée par Toullier (XIII, 8) et par Chardon (*Puissance paternelle*, n° 146), est manifestement contraire au texte de l'art. 1442. Duranton, III, 389. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 169. Rodière et Pont, II, 1008. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 3. Allemand, *Du mariage*, II, 1130. Demolombe, VI, 580. Zachariæ, § 517, texte et note 13.

11 Voy. sur les formes de l'inventaire : art. 451; Code de procédure, art. 942 et suiv.; et les autorités citées à la note suivante.

12 Toullier, XIII, 13 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, I, 165 et suiv. Bellot des Minières, II, p. 286. Vazeille, *Du mariage*, II, 436. Rodière et Pont, II, 1004. Demolombe, VI, 567 à 570. Troplong, II, 1297 à 1301. Zachariæ, § 517, texte et note 11.

13 Voy., outre les autorités citées à la note précédente : Req. rej., 1er juillet 1828, Sir., 28, 1, 386.

14 Odier, I, 366. Demolombe, VI, 575. Troplong, II, 1304.

15 Caen, 18 novembre 1863, Sir., 64, 2, 201.

au régime exclusif de communauté[16], sauf, bien entendu, l'admission de la preuve par commune renommée dans tous les cas où il y avait, pour l'époux survivant, obligation de faire inventaire de la succession du conjoint prédécédé.

La communauté se dissout encore en vertu de la loi :

b. Par la séparation de corps. Art. 1441, n° 4.

La dissolution de la communauté qu'entraîne la séparation de corps, remonte, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, au jour de l'introduction de la demande. Mais cette dissolution n'a effet à l'égard des tiers, qu'à partir du jour où le jugement de séparation de corps a été rendu public, dans la forme prescrite par l'art. 880 du Code de procédure[17].

2° La communauté peut aussi se dissoudre en vertu d'un jugement de séparation de biens. Art. 1441, n° 5.

Mais la dissolution de la communauté ne saurait s'opérer par le seul consentement des époux : Toute séparation volontaire est nulle. Art. 1443, al. 2.

Il résulte de là, que les conventions faites entre conjoints pour le partage anticipé de la communauté ou la restitution des droits et reprises de la femme, restent sans effet, non-seulement au regard des tiers, mais encore en ce qui concerne les rapports des époux. Il y a plus, les paiements effectués par le mari en vertu d'une pareille convention, ne le libéreraient point envers la femme, qui pourrait, lors de la dissolution de la communauté, exercer ses reprises telles que de droit, à la charge seulement de tenir compte des valeurs qui existeraient encore entre ses mains ou qui auraient tourné à son profit[18].

16 La lettre et l'esprit de la loi repoussent également cette extension, qui serait d'ailleurs contraire à la maxime *Pœnalia non sunt extendenda*. Proudhon, *op. cit.*, I, 161 et 162. Duranton, III, 390. Bellot des Minières, II, p. 84. Odier, *loc. cit.* Taulier, V, p. 120. Marcadé, sur l'art. 1442, n° 3. Bressolles, *Revue de législation*, 1848, II, p. 301. Demolombe, VI, 576 à 577. Troplong, II, 1305. Zachariæ, § 517, note 13, *in fine*, et § 549, note 37, *in principio*. Toulouse, 19 décembre 1839, Sir., 40, 2, 164. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 10 ; Chardon, *op. cit.*, n° 141 ; Rodière et Pont, II, 999 ; Pont, *Revue de législation*, 1847, III, 37.

17 Cpr. sur ces deux propositions : § 494, texte n° 3, notes 18 et 19.

18 Cette proposition est incontestable en principe : elle découle nécessairement des art. 1395 et 1443. Quant à l'appréciation du point de savoir si les valeurs remises à la femme ont ou non tourné à son profit, il semble qu'on puisse se

La règle qui déclare nulle toute séparation volontaire, ne forme cependant pas obstacle à ce que le mari acquiesce au jugement qui a prononcé la séparation, ou se désiste, soit de l'opposition, soit de l'appel qu'il avait formé contre ce jugement[19].

La séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, tout en dissolvant la communauté, ne donne point ouverture aux gains de survie, sauf à l'époux survivant à les exercer lors de la mort de son conjoint. Il en est ainsi, alors même qu'il s'agit de gains de survie stipulés au profit de la femme, à la requête de laquelle la séparation de corps ou de biens a été prononcée. Art. 1452[20]. La femme peut cependant, en cas de renonciation à la communauté, exiger du mari une caution pour la restitution de ses gains de survie sur la masse commune, et exercer provisoirement son hypothèque légale, dans les ordres ouverts sur le mari, à raison des donations entre-vifs que ce dernier lui a faites pour le cas de survie[21].

La communauté dissoute par suite de séparation de corps et de biens, ou de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux époux[22]. Art. 1451.

3° Enfin, en cas d'absence de l'un des époux, la communauté se dissout provisoirement par l'option de l'époux présent pour sa

montrer moins rigoureux sous le régime de la communauté, que sous le régime dotal. Dans ce dernier régime, en effet, la règle de l'inaliénabilité de la dot, et les obligations plus étroites imposées au mari en ce qui concerne sa conservation et sa restitution, ne permettent pas d'admettre avec autant de facilité les tempéraments d'équité. Cpr. Toullier, XIV, 262 : Tessier, *De la dot*, p. 229 et suiv.; Troplong, II, 1341 à 1349 ; Caen, 14 novembre 1825, Dalloz, 1830, 2, 76 ; Lyon, 17 décembre 1830, Dalloz, 1832, 2, 22 ; Grenoble, 28 août 1847, Sir., 48, 2, 469 ; Pau, 13 juin 1866, Sir., 67, 2, 41.

19 Cp. § 493, texte et note 15. Civ. cass., 29 août 1827, Sir., 27, 1, 466.

20 Marcadé fait une assez vive critique de cet article. Il est vrai que la rédaction en est incomplète, et ne comprend pas les hypothèses diverses qui peuvent se présenter. Mais il s'explique et se justifie parfaitement dans l'ordre d'idées auquel il se rapporte. Le législateur, s'occupant exclusivement de l'hypothèse où la communauté a été dissoute à la suite d'une demande en séparation formée par la femme, a voulu exprimer l'idée que, dans cette hypothèse même, elle n'est point autorisée à exercer immédiatement ses gains de survie.

21 Cpr. art. 1518, et § 529, texte et note 15 ; art. 2195. Rodière et Pont, III, 2219. Troplong, II, 1486.

22 Cpr. §§ 495 et 496, texte et notes 7 à 11 ; § 516, texte n° 6.

dissolution, et définitivement par suite de l'envoi en possession définitif des biens de l'absent. Art. 124 et 129[23].

§ 516.

Continuation. — De la séparation de biens judiciaire[1].

1° *Des personnes admises à former une demande en séparation de biens.*

Le droit de demander la séparation de biens appartient, en principe, à la femme seule. Le mari n'est jamais admis à la poursuivre. Art. 1443.

Lorsque la femme vient à décéder dans le cours de l'instance en séparation, ses héritiers ou successeurs universels sont autorisés à continuer cette instance, s'ils ont intérêt à faire statuer sur la demande, par exemple, pour empêcher que des valeurs mobilières échues à la femme depuis l'introduction de son action, ne tombent dans la communauté, ou pour être admis à attaquer des actes faits par le mari durant la litispendance[2].

[23] Cpr. §§ 155 et 157.

[1] Le principe de la séparation de biens a été emprunté au Droit romain. Voy. L. 24, *præ.*, *D. sol. matri.* (24, 3); L. 29, *C. de jure dotium* (5, 12). — Cpr. sur cette matière : *Traité de la séparation de biens judiciaire*, par Dutruc; Paris, 1853, 1 vol. in-8°.

[2] La demande en séparation de biens, qui ne repose que sur un intérêt purement pécuniaire, a pour objet de garantir le patrimoine de la femme à partir du jour où elle est formée. Art. 1445, al. 2. On ne voit pas dès lors pourquoi les personnes appelées à succéder à ce patrimoine, ne seraient pas admises à continuer l'instance pour profiter des droits acquis à la femme par l'effet même de sa demande. Cette opinion, du reste, n'est pas contraire à celle que nous avons émise au § 492 (texte et note 3), en parlant de la demande en séparation de corps. Cette dernière demande, en effet, ne repose pas sur un intérêt pécuniaire, et s'éteint, quant à son objet principal, par le fait même de la mort de l'un des époux, de telle sorte que les conséquences pécuniaires, qui auraient pu accessoirement résulter de la séparation de corps prononcée, ne constituent point un motif suffisant pour autoriser les héritiers de l'époux demandeur à faire prononcer cette séparation elle-même. Rodière et Pont, III, 2117. Marcadé, sur l'art. 1146, n° 2. Troplong, II, 1394. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 516, texte et note 3; Douai, 23 mars 1831, Sir., 31, 2, 243.

Quant aux créanciers de la femme, ils ne peuvent demander la séparation de biens qu'avec son consentement. Art. 1446, al. 1.

Toutefois, en cas de déconfiture ou de faillite du mari, ils sont admis, malgré le refus de ce consentement, à faire valoir, jusqu'à concurrence de leurs prétentions, tous les droits qui compètent à leur débitrice, abstraction faite de sa qualité de commune en biens. En d'autres termes, ils sont autorisés à faire liquider et à poursuivre ces droits, comme si la communauté était dissoute et que la femme y eût renoncé [3]. Art. 1446, al. 2. Ils peuvent donc se faire colloquer de son chef dans les distributions et ordres ouverts sur le mari [4], et réclamer cette collocation, non-seulement sur le prix des immeubles personnels de ce dernier, mais encore sur celui des conquêts de communauté [5]. Ils peuvent aussi exercer, au nom de la femme, la reprise de ses immeubles, et celle même de ses apports mobiliers, lorsqu'elle s'est réservé la faculté de les retirer en cas de renonciation à la communauté. Cpr. art. 1514.

En autorisant les créanciers de la femme à exercer ainsi les droits de leur débitrice, en cas de déconfiture ou de faillite du mari, la loi ne les soumet pas à la nécessité de respecter l'usufruit de la communauté. Ils ne sont donc pas tenus de laisser au mari, la jouissance des sommes pour lesquelles ils ont obtenu collocation; et ils peuvent, d'un autre côté, poursuivre le paiement qui leur est dû sur la pleine propriété des biens meubles ou immeubles de la femme, dont la reprise a été opérée en nature [6].

[3] Les créanciers de la femme ne sont pas admis à faire dissoudre la communauté contre son consentement. Mais la communauté peut, dans leur intérêt, et pour empêcher qu'ils ne deviennent victimes d'une collusion entre la femme et le mari ou les créanciers de celui-ci, être fictivement considérée comme dissoute, en ce qui concerne la liquidation et la reprise des droits de la femme, dès que le mari est tombé en faillite ou en déconfiture. C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 1446, dont on ne comprendrait pas la disposition sans cette fiction.

[4] Delvincourt, III, p. 39. Favard, *Rép.*, v° Communauté conjugale, sect. V, n° 6. Duranton, XIV, 419. Bellot des Minières, II, p. 132 et suiv. Marcadé, sur les art. 1446 et 1447, n° 1. Troplong, II, 1395. Civ. cass., 14 janvier 1817, Sir., 17, 1, 146.

[5] Orléans, 12 juillet 1854, Sir., 54, 2, 561. Colmar, 20 novembre 1855, Sir., 56, 2, 580. Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225.

[6] L'opinion contraire, professée par Duranton (XIV, 420 et 421) et par MM. Rodière et Pont (III, 2114), tend à limiter arbitrairement la faculté accordée aux créanciers de la femme. Le second alinéa de l'art. 1446 les autorise, en

Du reste, comme la communauté continue de subsister entre les époux, la femme pourra toujours, lors de sa dissolution effective, l'accepter ou y renoncer, à charge, si elle l'accepte, de faire état de la valeur du mobilier dont ses créanciers ont fait la reprise, et qu'elle n'eût pu retirer qu'en renonçant à la communauté [7].

La femme jouit de la faculté de poursuivre la séparation de biens sous quelque régime qu'elle soit mariée, pourvu qu'elle ait un intérêt légitime à provoquer cette mesure. Art. 1443 cbn. 1563.

2° Des causes pour lesquelles la femme peut demander la séparation de biens.

La femme est autorisée à poursuivre la séparation de biens lorsque sa dot est mise en péril.

La dot doit, d'après l'esprit de la loi, qui établit le bénéfice de la séparation de biens [8], être considérée comme mise en péril,

effet, à exercer sans restriction les droits de cette dernière, c'est-à-dire de la même manière qu'elle aurait pu le faire elle-même, en provoquant la dissolution de la communauté et en y renonçant. L'état de déconfiture ou de faillite du mari établissant un conflit direct entre ses créanciers et ceux de la femme, l'équité s'oppose à ce qu'il retienne, au détriment de ces derniers, des revenus que les premiers seraient autorisés à saisir. Voy. en ce sens : Marcadé, sur les art. 1446 et 1447, n° 1.

[7] Marcadé (*loc. cit.*) va plus loin encore : il enseigne que, lors de la dissolution de la communauté, la femme devra bonifier le montant des revenus dont l'exercice anticipé de ses droits, par ses créanciers personnels, aura privé la communauté. Mais cette opinion doit être rejetée, du moins dans le cas ordinaire où il s'agit de dettes productives d'intérêts. Comme ces intérêts eussent été à la charge de la communauté, qui s'en est trouvée dégrevée, ils se compensent naturellement avec les fruits et revenus des biens de la femme.

[8] La rédaction de l'art. 1443 laisse beaucoup à désirer, surtout au point de vue du régime de la communauté. Il serait difficile d'en donner une explication complétement satisfaisante, et de faire rentrer sous les termes de cet article, sans les étendre au-delà de leur sens ordinaire, toutes les hypothèses où la séparation de biens devient un remède indispensable à la conservation des intérêts que la loi a voulu protéger. Ce qui donne, jusqu'à certain point, la clef de l'insuffisance de cette rédaction, c'est la considération que l'hypothèse où la restitution des apports de la femme ne se trouve plus pleinement garantie, est celle qui motive d'ordinaire la demande en séparation de biens, et la seule à laquelle s'applique la loi 24, *præ., D. sol. matri.* (24, 3), d'où la disposition de notre article a été tirée.

non-seulement au cas où, par suite du désordre des affaires du mari, ses biens sont devenus insuffisants pour garantir pleinement la restitution de la partie des apports de la femme qui lui était restée propre, ou dont elle s'était éventuellement réservé la reprise, mais encore dans le cas où les valeurs qui sont entrées de son chef dans la communauté, se trouvent notablement entamées par la mauvaise administration du mari [9], et même dans celui où il est à craindre que les revenus de la dot, non encore compromise quant au fond, soient détournés de leur destination légale [10]. Art. 1443.

Il y a mieux, la femme qui possède un talent ou une industrie de nature à lui procurer des moyens d'existence, peut, bien qu'elle n'ait point apporté d'autre dot, demander la séparation de biens, quand la conduite déréglée du mari donne lieu de craindre que les produits de son travail ne soient pas appliqués aux besoins de la famille [11].

Il ne faut, d'ailleurs, pas perdre de vue que cette disposition n'est pas conçue en termes restrictifs. Aussi la jurisprudence et la doctrine ont-elles, sans difficulté, admis l'application du bénéfice de la séparation aux différents cas indiqués dans la suite du texte.

9 Les valeurs qui, du chef de la femme, tombent dans la communauté, n'en constituent pas moins une dot dans le sens de l'art. 1540, bien que la reprise n'en puisse pas être exercée. Bellot des Minières, II, p. 99. Toullier, XIII, 23. Duranton, XIV, 403. Odier, I, 370. Troplong, II, 1313. — Quelques auteurs vont même plus loin, et enseignent que la femme qui n'a absolument rien apporté en mariage, n'en est pas moins admise à demander la séparation de biens pour garantir sa part dans le fonds commun, tel qu'il existe. Voy. en ce sens : Rodière et Pont, III, 2101 ; Marcadé, sur l'art. 1448, n° 1 ; Troplong, II, 1321. Cette opinion nous paraît fort contestable : car, dans le système d'interprétation le plus large, il n'est pas, en pareil cas, possible de dire que la dot de la femme soit mise en péril. Bellot des Minières, II, p. 101. Paris, 9 juillet 1811, Sir., 13, 2, 359.

10 Bellot des Minières, II, p. 100 et 101. Toullier, XIII, 24. Odier, I, 370. Troplong, II, 1315 à 1318. Rodière et Pont, III, 2102. Pau, 9 décembre 1820, Sir., 22, 2, 164. Req. rej., 28 février 1842, Sir., 42, 1, 370. Req. rej., 17 mars 1847, Sir., 47, 1, 421. Riom, 29 août 1848, Sir., 49, 2, 526. Montpellier, 20 janvier 1852, Sir., 52, 2, 358. Grenoble, 16 mars 1855, Sir., 55, 2, 588.

11 Pothier, n° 512. Delvincourt, III, p. 38. Toullier, XIII, 28. Bellot des Minières, II, p. 180. Battur, II, 626. Duranton, XIV, 404. Odier, I, 371. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1319 et 1320. Zachariæ, § 516, texte, notes 1 et 11. Angers, 16 mars 1808, Sir., 8, 2, 320.

La femme qui demande la séparation de biens par le motif que la fortune du mari est insuffisante pour garantir pleinement la restitution de la dot, n'est admise à la faire prononcer, qu'à charge de prouver que cette insuffisance, survenue depuis le mariage, est le résultat du désordre des affaires de ce dernier [12]. Mais cette circonstance une fois établie, il n'y a pas, dans cette hypothèse, à distinguer si le dérangement des affaires du mari provient d'une mauvaise gestion de sa part, ou de circonstances qui ne peuvent lui être imputées à faute [13]. Dans l'hypothèse, au contraire, où la femme provoque la séparation de biens, pour sauvegarder, soit les valeurs mobilières tombées de son chef dans la communauté, soit les revenus de ses biens propres ou les produits de son travail, sa demande ne doit être accueillie, qu'autant que le danger qu'elle allègue, a pour cause la mauvaise administration ou la conduite déréglée du mari [14].

La question de savoir si de fait la dot est mise en péril sous l'un ou l'autre des rapports ci-dessus indiqués, est entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Le juge peut déclarer l'existence de ce danger, lors même que le mari n'a point encore été poursuivi ; et, réciproquement, il peut refuser d'en reconnaître

12 Ainsi, l'insuffisance des biens du mari pour répondre de la dot n'est pas une cause de séparation, lorsque cette insuffisance existait à l'époque du mariage, et que depuis lors il n'est pas survenu de désordre dans ses affaires. Rodière et Pont, III, 2098. Troplong, II, 1329. Req. rej., 2 juillet 1851, Sir., 51, 1, 509.

13 Pothier, nº 510. Merlin, *Rép.*, vº Séparation de biens, sect. II, § 1, nº 5. Battur, II, 628. Delvincourt, III, p. 38. Toullier, XIII, 33. Chardon, *Puissance maritale*, nº 310. Odier, I, 373. Rodière et Pont, III, 2108. Marcadé, sur l'art. 1443, nº 1. Dutruc, nº 79. Troplong, II, 1333. Cpr. Zachariæ, § 516, texte et note 14.

14 Cette nuance, qui n'est pas nettement indiquée par les auteurs, nous paraît être une conséquence des principes sur l'administration de la communauté. En tant que commune en biens, la femme est associée aux chances de pertes aussi bien qu'aux éventualités de gains ; et dès lors, les pertes qui ne peuvent être imputées à faute au mari, ne sont point un motif suffisant pour lui enlever l'administration de la communauté. Cpr. Lyon, 11 juin 1853, Sir., 55, 2, 189. Voy. cep. Riom, 29 août 1848, Sir., 49, 2, 526; Req. rej., 14 novembre 1864, Sir., 65, 1, 60.

l'existence, bien que quelques actes de poursuite aient déjà été dirigés contre lui [15].

L'interdiction judiciaire du mari n'autorise pas la femme à demander la séparation de biens ; et ce, dans le cas même où la tutelle de l'interdit ne lui a pas été confiée [16]. Il en est également ainsi de l'interdiction légale [17]. Quant à l'état de contumace, il semble être une cause suffisante de séparation de biens, en raison, tant de l'abandon volontaire où le mari laisse l'administration de la communauté et des biens personnels de la femme, que du préjudice qui résulterait pour celle-ci de l'établissement du séquestre [18].

La femme qui a quitté le domicile conjugal sans le consentement du mari, ne doit point, par ce motif, être déclarée non recevable

15 Merlin, *op. et v° citt.*, sect. II, § 1, n° 9. Odier, I, 370. Req. rej., 23 août 1809, Sir., 9, 1, 434. Civ. rej., 6 juillet 1847, Sir., 47, 1, 508.

16 Toullier, II, 1343. Durauton, III, 754. Benoît, *De la dot*, I, 280. Demolombe, VIII, 614. Zachariæ, § 516, note 1, *in fine*. Nîmes, 3 avril 1832, Sir., 32, 2, 428. Lyon, 20 juin 1845, Sir., 46, 2, 353. Lyon, 11 novembre 1869, Sir., 70, 2, 3. Paris, 18 mars 1870, Sir., 70, 2, 142. Voy. en sens contraire : Chardon, *Puissance maritale*, n° 311 ; Rodière et Pont, III, 2105 ; De Folleville, *Revue critique*, 1870, XXXVI, p. 481.

17 Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 2105 ; De Folleville, *op. et loc. citt.* Les premiers de ces auteurs disent que l'interdiction légale ayant pour cause la faute du mari, la femme ne doit pas en souffrir. Cette considération ne nous paraît ni exacte ni concluante, puisque la faute dont le mari s'est rendu coupable, n'a par elle-même aucun rapport avec l'administration de la communauté, et que, d'un autre côté, l'interdiction légale n'est pas de nature à mettre en péril la dot de la femme. Nous ajouterons que si celle-ci ne veut pas accepter la situation qui lui est faite, la loi lui offre un moyen bien simple d'en sortir, en provoquant la séparation de corps. Art. 306 cbn. 231. Pour M. de Folleville, il prétend que l'interdiction légale devant causer à la femme le même préjudice que l'état de contumace, il y a contradiction à lui refuser le droit de demander la séparation de biens en vertu de la première de ces causes, tout en lui reconnaissant celui de la provoquer à raison de la seconde. Nous répondrons, qu'il y a entre les deux situations une différence profonde. Le tuteur de l'interdit légalement, est tenu, comme celui de l'interdit judiciairement, de remettre à sa femme, la portion de revenus nécessaire à son entretien et à celui de ses enfants. Tandis que la femme du coutumax ne peut réclamer, à titre de droit, aucune portion des revenus des biens séquestrés, et qu'elle doit se contenter des secours que l'administration voudra bien lui accorder. Code d'inst. crim., art. 475.

18 Rodière et Pont, III, 2105.

dans sa demande en séparation de biens [19]. La circonstance qu'elle aurait succombé une première fois, ne forme pas non plus une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande en séparation de biens. Enfin, le mari ne pourrait repousser l'action de la femme sous le prétexte que le désordre de ses affaires a été amené par les dépenses excessives auxquelles elle s'est elle-même livrée [20].

3° *De la procédure sur la demande en séparation de biens. — Des droits d'intervention et de tierce-opposition accordés aux créanciers du mari.*

a. La femme ne peut introduire la demande en séparation de biens, qu'en vertu d'une autorisation préalable donnée par le président du tribunal devant lequel l'action doit être portée. Code de procédure, art. 865.

La demande doit, à peine de nullité, être publiée dans les formes prescrites par les art. 868 à 869 du Code de procédure.

La femme est tenue d'établir, par des preuves indépendantes de l'aveu du mari, les faits sur lesquels elle fonde sa demande. Code de procédure, art. 870 [21]. Elle peut, à défaut d'autres moyens de justification, provoquer un inventaire de la communauté et une liquidation provisoire de ses reprises.

b. Les créanciers du mari sont autorisés à intervenir dans l'instance, pour empêcher que la séparation de biens ne soit prononcée à leur préjudice, et à attaquer par appel, du chef de leur débiteur, le jugement qui l'aurait déjà admise, quoiqu'ils ne soient pas intervenus en première instance. Art. 1166, 1447. Code de procédure, art. 871.

Ils peuvent même, par voie de tierce opposition, faire déclarer

[19] Odier, I, 375. Rodière et Pont, III, 2111. Demolombe, IV, 103. Marcadé, sur l'art. 1443, n° 1. Troplong, II, 1335. Zachariæ, § 516, texte et note 15. Paris, 19 avril 1817, Sir., 18, 2, 63. Paris, 24 janvier 1826, Sir., 29, 2, 232. Angers, 22 février 1828, Sir., 31, 2, 84. Poitiers, 15 août 1836, Sir., 36, 2, 461. Paris, 17 mai 1837, Dalloz, 1838, 2, 184. Voy. en sens contraire : Turin, 8 décembre 1810, Sir., 11, 2, 270.

[20] Odier, I, 373. Rodière et Pont, III, 2094. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1334. Angers, 22 février 1828, Sir., 31, 2, 84.

[21] La disposition de cet article est une conséquence de celle du deuxième alinéa de l'art. 1443, qui prohibe toute séparation de biens volontaire. Cpr. § 515, texte n° 2.

non avenue, quant à eux, la séparation prononcée et exécutée dans les formes prescrites par la loi, lorsqu'elle a eu lieu en fraude de leurs droits [22]. Art. 1447. Mais leur action à cet égard est, à peine de déchéance, restreinte au délai d'un an mentionné en l'art. 872 du Code de procédure. Code de procédure, art. 873.

Cette déchéance ne s'applique pas à la liquidation des reprises de la femme, quoiqu'elle ait été faite par le jugement même qui a prononcé la séparation. Les créanciers ont trente ans pour attaquer cette partie du dispositif du jugement de séparation [23].

22 Zachariæ enseigne à tort (§ 516, texte et note 6) que les créanciers du mari sont admis à former tierce opposition au jugement de séparation par cela seul qu'il leur porte préjudice, et indépendamment de toute circonstance de fraude. L'arrêt qu'il cite (Req. rej., 28 juin 1810, Sir., 11, 1, 28) à l'appui de cette opinion, évidemment contraire au texte et à l'esprit de l'art. 1447, statue, non sur une question de tierce opposition, mais sur une simple question d'intervention. Duvergier, sur Toullier, XIII, 90, note *a*. Dutruc, n°s 239 et suiv. Civ. cass., 2 février 1870. Sir., 70, 1, 191. — Du reste, il ne faut pas confondre la faculté dont les créanciers du mari jouissent à cet égard, avec le droit qu'ils ont d'attaquer en nullité une séparation de biens qui n'aurait pas été poursuivie, prononcée, ou exécutée, dans les formes prescrites par la loi. Cpr. texte n° 4 *infra*.

23 Le délai pour former tierce opposition est, en général, de trente ans. La disposition de l'art. 873 du Code de procédure établit donc une dérogation au Droit commun, et doit, par cela même, être interprétée restrictivement. Or, lorsque le législateur a fixé le délai de la tierce opposition contre un jugement de séparation de biens, il n'a pu avoir en vue que l'hypothèse la plus ordinaire, c'est-à-dire celle où le jugement a simplement prononcé la séparation de biens, sauf à la femme à poursuivre ultérieurement la liquidation de ses droits, et non l'hypothèse, purement accidentelle, où le jugement aurait en même temps fixé les reprises de la femme. D'ailleurs, si l'action en séparation de biens et celle en liquidation des reprises de la femme sont, à raison de leur connexité, susceptibles d'être formées et jugées simultanément, elles ne laissent pas d'être distinctes par leur nature et leur objet. Le jugement qui prononce la séparation de biens ayant pour résultat de modifier la position personnelle des époux, en enlevant au mari l'administration des biens de la femme, il a paru nécessaire de restreindre à un bref délai l'exercice de la tierce opposition ; mais ce motif, on le sent, ne s'applique aucunement à la liquidation des reprises de la femme. Enfin, les publications exigées par l'art. 1445 du Code Napoléon et par l'art. 872 du Code de procédure n'étant prescrites que pour la disposition qui a prononcé la séparation, et non pour celle qui aurait liquidé les reprises de la femme, il ne peut avoir été dans la pensée du législateur de restreindre au délai d'un an, l'exercice de la tierce opposition, à l'aide de laquelle les créanciers du mari voudraient attaquer cette dernière disposition. Massol, *De la séparation de corps*, p. 140, à la note.

A plus forte raison jouissent-ils de ce délai pour attaquer la liquidation des droits de la femme faite par un jugement ou un acte postérieur [24].

4° *De l'exécution des jugements de séparation de biens. — De la condition de publicité à laquelle est subordonnée la validité de cette exécution. — De la nullité résultant du défaut d'exécution du jugement de séparation dans la quinzaine de sa prononciation.*

a. Les jugements qui prononcent une séparation de biens, ne sont susceptibles d'aucune exécution, soit volontaire, soit forcée, qu'après avoir été rendus publics dans la forme établie par les art. 1445 du Code Napoléon et 872 du Code de procédure. L'exécution du jugement de séparation est donc entachée de nullité, lorsqu'elle a eu lieu avant que ce jugement ait été rendu public [25]. Cette nullité est attachée, non-seulement à l'inobservation des conditions de publicité déjà prescrites par l'art. 1445, mais encore au défaut d'accomplissement des formalités postérieurement établies par l'art. 872 du Code de procédure [26].

Odier, I, 390. Rodière et Pont, III, 2163. Troplong, II, 1400. Grenoble, 3 juillet 1828, Sir., 29, 2, 119. Limoges, 20 décembre 1828, Dalloz, 1836, 1, 98. Grenoble, 6 juin 1829, Sir., 30, 2, 152. Civ. rej., 11 novembre 1835, Sir., 36, 1, 116. Poitiers, 18 juin 1838, Sir., 38, 2, 442. Riom, 9 juin 1845, Sir., 45, 2, 499. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 618. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 86 ; Duranton, XIV, 413 ; Battur, II, 642 ; Civ. cass., 4 décembre 1815, Sir., 16, 1, 65 ; Dijon, 6 août 1817, Sir., 18, 2, 64 ; Riom, 26 décembre 1817, Sir., 17, 2, 158.

24 Rouen, 12 mars 1817, Sir., 17, 2, 170. Bordeaux, 20 juin 1826, Sir., 26, 2, 309. Req. rej., 26 mars 1833, Sir., 33, 1, 274. Paris, 25 avril 1835, Sir., 35, 2, 241. Paris, 21 janvier 1858, Sir., 58, 2, 565. Voy. cep. Duranton, XIV, 413.

25 Cpr. Code de commerce, art. 66. Rouen, 1er janvier 1825, Sir., 26, 2, 205. Voy. cep. Riom, 26 août 1844, Sir., 44, 2, 653 ; Req. rej., 1er juillet 1863, Sir., 63, 1, 333.

26 La peine de nullité est formellement établie par l'art. 1445 ; et, quoique l'art. 872 ne la prononce pas d'une manière expresse, il la déclare cependant virtuellement, en disant que la femme ne peut commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités qu'il prescrit auront été remplies, et en renvoyant à l'art. 1445. Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2946 *bis*. Rodière et Pont, III, 2143. Troplong, II, 1377. Zachariæ, § 516, texte et note 23. Rouen, 1er décembre 1825, Sir., 26, 2, 205. Amiens, 21 décembre 1825, Sir., 26, 2, 317. Caen, 15 juillet 1828, Sir., 30, 2, 189. Angers, 10 août 1839, Sir., 40, 2, 130.

b. La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle, ainsi que la procédure qui l'a précédée [27], si, dans la quinzaine [28] de la prononciation du jugement [29], elle n'a été volontairement exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué jusqu'à concurrence des biens du mari [30], et constaté par acte authentique [31], ou si la femme n'a, dans le même délai, commencé, contre le mari, des poursuites continuées depuis sans interruption. Art. 1444 [32]. Il n'y a pas, sous ce rapport, de

27 Ainsi, pour faire de nouveau prononcer la séparation, il faut recommencer toute la procédure. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, quest. 2955 *bis*. Benoît, *De la dot*, I, 314. Odier, I, 386. Rodière et Pont, III, 2158. Troplong, II, 1376. Dutruc, nº 216. Zachariæ, § 316, texte et note 18. Civ. cass., 11 juin 1823, Sir., 23, 1, 317. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., 34, 2, 540. Civ. cass., 3 avril 1848, Sir., 48, 1, 384. Grenoble, 23 avril 1858, Sir., 58, 2, 397.

28 La femme qui n'a pas commencé l'exécution du jugement dans la quinzaine, ne peut s'excuser sur ce que l'enregistrement et l'expédition du jugement auraient éprouvé des retards. Civ. cass., 11 décembre 1810, Sir., 11, 1, 77.

29 Ce délai n'a pas été étendu par l'art. 872 du Code de procédure, d'après lequel un extrait de tout jugement de séparation de biens doit rester exposé, pendant un an, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari. En prescrivant cette exposition, l'art. 872 du Code de procédure n'a pas dérogé à la disposition de l'art. 1444 du Code Napoléon, puisque rien ne s'oppose à l'accomplissement simultané des formalités et des conditions prescrites par ces deux articles, qui doivent être accomplies concurremment les unes avec les autres. Bellot des Minières, II, p. 417. Toullier, XIII, 79 à 81. Duranton, XIV, 411. Odier, I, 383. Rodière et Pont, III, 2150. Troplong, II, 1358. Zachariæ, § 516, note 21, *in fine*. Rouen, 27 avril 1816, Sir., 16, 2, 216. Req. rej., 11 juin 1818, Sir., 18, 1, 285. Req. rej., 13 août 1818, Sir., 19, 1, 287. Voy. en sens contraire : Limoges, 24 décembre 1811, Sir., 14, 2, 12.

30 Req. rej., 28 décembre 1858, Sir., 59, 1, 513. Cpr. Bordeaux, 11 août 1840, Sir., 41, 2, 3. — Si le règlement volontaire des droits de la femme, quoique seulement commencé dans la quinzaine, avait été, après l'expiration de ce délai, sérieusement continué et complété, les tribunaux pourraient, par application de la disposition finale de l'art. 1444, déclarer l'exécution valable. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, quest. 2950 *ter*. Troplong, II, 1361. Zachariæ, § 516, note 19. Civ. rej., 3 février 1834, Sir., 34, 1, 98.

31 Un acte sous seing-privé, même enregistré, serait insuffisant. Rodière et Pont, III, 2151. Dutruc, nº 190. Rouen, 31 janvier 1863, Sir., 63, 2, 128. Cpr. Req. rej., 12 août 1847, Sir., 48, 1, 56. Voy. cep. Troplong, II, 1360.

32 La disposition de cet article est étrangère aux séparations de biens qui sont la suite de jugements prononçant la séparation de corps. Cpr. § 494, texte nº 3, et note 25.

distinction à faire entre les jugements par défaut et les jugements contradictoires [33].

La femme doit être considérée comme ayant commencé l'exécution du jugement de séparation dans la quinzaine de sa prononciation, lorsqu'elle l'a fait signifier au mari avec commandement d'y satisfaire, ou avec sommation de se présenter chez un notaire pour procéder avec elle à la liquidation de ses reprises [34]. Mais la simple signification du jugement ne doit pas, en général, être envisagée comme constituant un commencement d'exécution [35]. La question de savoir si les poursuites commencées par la femme ont été continuées sans interruption, est abandonnée à l'appréciation du juge [36].

La nullité de la séparation de biens, résultant du défaut d'exécution dans la quinzaine de la prononciation du jugement, peut être opposée par tous tiers intéressés, et notamment par les créanciers du mari.

Elle peut l'être également par les époux l'un à l'autre, c'est-à-

33 L'art. 155 du Code de procédure n'est pas applicable aux jugements par défaut qui prononcent une séparation de biens. Battur, II, 641. Troplong, II, 1359. Zachariæ, § 516, note 19, *in fine*. Amiens, 19 février 1824, Sir., 24, 2, 84. Toulouse, 23 août 1827, Sir., 28, 2, 211.

34 Duranton, XIV, 411. Battur, II, 642. Troplong, II, 1362. Colmar, 31 août 1811, Sir., 16, 2, 89. Civ. rej., 30 mars 1825, Sir., 25, 1, 353. Amiens, 17 mars 1826, Sir., 26, 2, 249. Civ. cass., 9 juillet 1828, Sir., 28, 1, 284. Req. rej., 6 décembre 1830, Sir., 31, 1, 359. Grenoble, 24 mars 1835, Dalloz, 1836, 2, 9. Cpr. Bordeaux, 17 juillet 1833, Sir., 54, 2, 53.

35 Battur, *loc. cit.* Bellot des Minières, II, p. 116. Toullier, XIII, 77. Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2952. Rodière et Pont, III, 2153. Troplong, II, 1363. Dutruc, n° 145. Limoges, 11 juillet 1839, Sir., 40, 2, 17. Rouen, 31 janvier 1863, Sir., 63, 2, 127. Cpr. cep. Civ. cass., 9 juillet 1828, Sir., 28, 1, 284, Voy. en sens contraire : Bordeaux, 30 juillet 1833, Sir., 34, 2, 36 ; Bordeaux, 20 mars 1840, Sir., 40, 2, 210.

36 Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 2953. Odier, I, 385. Marcadé, sur l'art. 1444, n° 3. Troplong, II, 1366. Req. rej., 6 décembre 1830, Sir., 31, 1, 359. Req. rej., 2 mai 1831, Sir., 31, 1. 161. Cpr. Bordeaux, 19 avril 1817, Sir., 17, 2, 417 ; Req. rej., 23 mars 1819, Sir., 19, 1, 354 ; Amiens, 9 décembre 1825, Sir., 26, 2, 256 ; Bordeaux, 15 mai 1839, Sir., 39, 2, 389 ; Bordeaux, 1er février 1845, Sir., 45, 2, 580 ; Caen, 2 décembre 1851, Sir., 52, 2, 299.

dire, tant par le mari à la femme [37], que par la femme au mari [38].

Ce dernier serait même admis à l'invoquer contre les tiers qui auraient traité avec la femme comme séparée de biens, à moins que, d'après les faits, il ne dût être réputé y avoir renoncé [39].

[37] Arg. art. 869 du Code de procédure. Quoique la nullité dont s'agit ait été principalement établie dans l'intérêt des créanciers du mari, il ne nous semble cependant pas possible de soutenir qu'elle l'ait été dans leur intérêt exclusif. Comme la séparation de biens modifie essentiellement les droits du mari, il lui importe de savoir si la femme entend ou non profiter du jugement qui l'a prononcée, et il ne doit pas dépendre de celle-ci de le laisser dans l'incertitude sur sa position. Ainsi, lorsque la femme néglige d'exécuter le jugement de séparation dans le délai fixé par la loi, le mari est autorisé à supposer qu'elle a renoncé au bénéfice de ce jugement. Toullier, XIII, 76. Taulier, V, p. 131. Odier, I, 387. Rodière et Pont, III, 2150. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, II, 1371. Amiens, 19 février 1824, Sir., 24, 2, 84. Amiens, 9 décembre 1825, Sir., 26, 2, 256. Bordeaux, 17 juillet 1833, Sir., 34, 2, 53. Bordeaux, 11 août 1840, Sir., 41, 2, 3. Voy. en sens contraire : Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, quest. 2957 *bis*; Dutruc, n[os] 227 et suiv.; Colmar, 8 août 1820, Sir., 21, 2, 266 ; Poitiers, 4 mars 1830, Sir., 30, 2, 156 ; Limoges, 25 février 1845, Sir., 46, 2, 116.

[38] Ce point est plus délicat que le précédent : on peut dire que la femme ne doit pas être admise à se prévaloir de sa propre négligence pour demander la nullité de la séparation ; et c'est d'après cette considération que, dans nos deux premières éditions, nous lui avions refusé le droit de l'invoquer. Voy. dans ce sens : Odier, I, 387 ; Taulier, I, 132. Mais, après nouvel examen de la question, nous avons reconnu que cette considération n'est pas décisive. Il serait peu rationnel, tout en accordant au mari la faculté de faire valoir la nullité de la séparation, de dénier à la femme cette même faculté. Par cela même que le mari n'a pas volontairement exécuté le jugement de séparation, dont la femme a, de son côté, négligé de poursuivre l'exécution, on doit considérer les deux époux comme ayant respectivement renoncé, l'un à l'égard de l'autre, aux effets de ce jugement. En second lieu, il serait difficile d'assigner à la nullité prononcée par l'art. 1444, d'autre motif que le défaut de sincérité ou de nécessité réelle de la séparation de biens, qui n'a pas été suivie d'une exécution immédiate. La loi présume qu'une pareille séparation a été concertée entre les époux, pour parer à des embarras momentanés ; et, à ce point de vue encore, la position de la femme doit être la même que celle du mari, d'autant plus qu'elle n'agit le plus souvent que sous l'inspiration et la direction de ce dernier. Rodière et Pont, III, 2159. Troplong, II, 1373. Paris, 24 février 1855, Sir., 55, 2, 433. Cpr. Req. rej., 28 décembre 1858, Sir., 59, 1, 513.

[39] C'est ainsi que le mari pourrait opposer la nullité de la séparation, pour faire prononcer l'annulation d'un bail que la femme aurait passé sans son autorisation et celle de la justice. Troplong, II, 1357. Zachariæ, § 516, texte et note 25. Cpr. Civ. cass., 27 juin 1842, Sir., 42, 1, 627. Voy. cep. Rodière et Pont, III, 2159.

Cette nullité ne forme pas une simple nullité de procédure, qui doive être proposée avant toute défense [40]. On peut la faire valoir pendant trente ans [41]. Mais elle se couvre par la renonciation expresse ou tacite des personnes autorisées à la proposer. Ainsi, elle est couverte, quant au mari, lorsqu'il a laissé exécuter le jugement après le délai de quinzaine, comme aussi lorsqu'il a attribué ou reconnu à son épouse la qualité de femme séparée de biens [42]. Elle est également couverte, quant à la femme, lorsqu'elle a exécuté le jugement après le même délai, ou lorsqu'elle s'est gérée comme séparée de biens [43]. Elle est couverte enfin, quant aux créanciers du mari, lorsqu'ils ont concouru aux actes d'exécution tardive du jugement de séparation [44].

5° *Des effets du jugement de séparation de biens.*

a. *Quant aux rapports des époux entre eux et avec les tiers.*

Les effets du jugement qui prononce une séparation de biens, remontent, tant à l'égard des tiers qu'entre les époux eux-mêmes, au jour de la demande [45]. Art. 1445, al. 2.

40 Caen, 15 juillet 1828, Sir., 30, 2, 189. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., 34, 2, 540.

41 Ici ne s'applique point l'art. 873 du Code de procédure. Cpr. texte n° 3, *supra*. Odier, I, 387. Troplong, II, 1370. Req. rej., 13 août 1818, Sir., 19, 1, 287. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., 34, 2, 540. — M. Battur (II, 643) pense que la durée de cette action en nullité est restreinte à dix ans. Mais l'art. 1304, sur lequel il se fonde, est évidemment inapplicable à l'action dont s'agit. Odier, I, 392.

42 La nullité ne peut plus être opposée par le mari aux tiers qui ont traité avec la femme agissant sous son autorisation, et en qualité de femme séparée de biens. Colmar, 8 août 1820, Sir., 21, 2, 266. Colmar, 26 décembre 1826, Sir., 29, 2, 116. Poitiers, 4 mars 1830, Sir., 30, 2, 156. Grenoble, 8 avril 1835, et Nîmes, 4 juin 1835, Sir., 37, 2, 136.

43 Req. rej., 11 avril 1837, Sir., 37, 1, 989.

44 Douai, 19 août 1840, Sir., 40, 2, 497.

45 *Lex non distinguit.* La généralité des termes de l'al. 2 de l'art. 1445 est d'autant plus décisive, que l'ensemble de cet article ne peut laisser aucun doute sur le véritable esprit de la loi. En effet, après avoir prescrit, dans l'intérêt des tiers, les formalités nécessaires pour donner la plus grande publicité aux jugements de séparation de biens, le législateur s'est hâté de poser le principe de la rétroactivité de ces jugements, comme s'il avait craint que l'on

Il en résulte : que la femme a droit, à partir de cette époque, à la restitution des fruits et revenus de ses biens propres, ainsi qu'aux intérêts de la dot mobilière dont elle s'est réservé la reprise[46], sous la déduction toutefois de sa part contributoire aux charges du mariage ; et que les saisies de ces fruits ou revenus, pratiquées par les créanciers du mari depuis l'introduction de la demande, tombent par l'effet du jugement de séparation[47].

Il en résulte également : que les successions mobilières échues à la femme à partir de l'introduction de la demande, lui demeurent propres ; et que la communauté n'est tenue, au regard de la femme, des dettes contractées par le mari depuis cette époque, que dans la mesure de la *versio in rem*[48].

n'induisît, de la première disposition, la fausse conséquence que l'effet de pareils jugements est retardé, à l'égard des tiers, jusqu'après l'accomplissement des formalités mentionnées dans cette disposition. D'ailleurs, les art. 866 à 869 du Code de procédure, qui soumettent à diverses mesures de publicité la demande en séparation de biens, supposent évidemment le principe dont s'agit, puisque les publications qu'ils prescrivent, ne peuvent avoir d'autre objet que de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation. Enfin, il faut bien le reconnaître, sans cette rétroactivité, il dépendrait souvent du mari de rendre absolument inefficace ou illusoire le remède de la séparation. Battur, II, 650. Toullier, XIII, 95 à 104. Duranton, XIV, 414. Taulier, V, p. 128. Odier, I, 417. Rodière et Pont, III, 2178. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 1. Troplong, II, 1389. Cpr. aussi les arrêts cités aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 129 et 130. — En est-il de même du jugement qui prononce la séparation de corps? Voy. § 491, texte n° 3.

46 Pothier, n° 525. Toullier, XIII, 105. Odier, I, 420. Rodière et Pont, III, 2169. Zachariæ, § 516, texte et note 27. Agen, 29 avril 1868, Sir., 68, 2, 129. Dijon, 3 décembre 1869, Sir., 70, 2, 17. Cpr. Grenoble, 14 mai 1832, Sir., 32, 2, 358; Toulouse, 7 mars 1845, Sir., 45, 2, 590; Req. rej., 4 février 1846, Sir., 46, 1, 553. Voy. cep. Req. rej., 28 mars 1848, Sir., 48, 1, 354. Suivant ce dernier arrêt, qui est approuvé par M. Troplong (II, 1384), les intérêts de la dot ne seraient dus qu'à partir du jugement de séparation. Mais il est à remarquer que cet arrêt a été rendu dans une espèce où les époux étaient mariés sous le régime dotal ; et sa décision, très-contestable pour ce régime même, ne paraît pas, en présence de l'art. 1473, pouvoir être appliquée au régime de communauté.

47 Odier, I, 420. Rodière et Pont, III, 2178. Troplong, II, 1389. Bordeaux, 11 mai 1843, Sir., 43, 2, 541. Civ. cass., 22 avril 1845, Sir., 46, 1, 554. Voy. en sens contraire : Riom, 31 janvier 1826, Sir., 27, 2, 90.

48 Toullier, XIII, 104. Odier, I, 418. Zachariæ, § 516, texte et note 28.

Il en résulte enfin, que les actes par lesquels le mari a, durant l'instance, disposé de biens communs, ne peuvent être opposés à la femme [49].

Mais les actes de simple administration faits par le mari, qu'ils concernent les biens communs, ou même les biens personnels de la femme, sont efficaces à l'égard de celle-ci [50], à moins qu'elle ne parvienne à les faire annuler pour cause de fraude [51], et sauf à elle à prendre, pendant l'instance, les mesures nécessaires pour garantir ses intérêts [52].

D'un autre côté, les paiements à valoir sur les reprises de la femme, que le mari a faits durant la litispendance, ne sont pas de leur nature libératoires, et ne peuvent être opposés à celle-ci, que dans la mesure du profit qu'elle en a réellement retiré [53]. Il en serait de même des paiements que des tiers, débiteurs de la femme, auraient faits entre ses mains sans le concours du mari.

b. *Quant à la capacité de la femme séparée de biens.*

La séparation de biens a pour effet, en dissolvant la communauté, de rendre à la femme, la libre administration et la jouissance de sa fortune. Art. 1449, al. 1er.

En vertu de son droit de libre administration, la femme peut toucher ses revenus, louer ses immeubles pour une durée qui

49 Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, III, 2178. Troplong, II, 1381. Rennes, 3 juillet 1841, Sir., 41, 2, 548.

50 Cette proposition n'est pas contestée, en ce qui concerne la gestion des biens communs. Elle se justifie, quant à l'administration des biens personnels de la femme, par la considération que cette administration ne pouvant être reprise par la femme qu'en vertu du jugement de séparation, elle doit, par la force même des choses, rester durant la litispendance entre les mains du mari, qui, d'un autre côté, demeure responsable des pertes imputables à sa négligence. Bellot des Minières, II, 128. Troplong, II, 1382. Rodière et Pont, III, 2177. Zachariæ, § 516, texte et note 26. Rennes, 2 janvier 1808, Sir., 8, 2, 105. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 62 ; Odier, I, 420 ; Riom, 20 février 1826, Sir., 28, 2, 49.

51 Cpr. Angers, 18 août 1820, Sir., 21, 2, 116.

52 Code de procédure, art. 869, cbn. Code Napoléon, art. 270. Toullier, XIII, 59 et suiv. Caen, 16 mars 1827, Sir., 27, 2, 47.

53 Grenoble, 28 août 1847, Sir., 48, 2, 469.

n'excède pas neuf ans [54], recevoir et poursuivre, par voie d'exécution, le remboursement de ses capitaux mobiliers, et en donner décharge, avec main-levée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté [55].

Elle peut même vendre ses meubles corporels, en disposer à un titre onéreux quelconque, céder ses créances ou autres droits mobiliers [56],

[54] La femme ne pourrait, sans autorisation, passer des baux pour une durée excédant neuf ans. Arg. art. 595, 1429 et 1718. Duranton, XIV, 427. Bellot des Minières, IV, p. 300. Odier, I, 398. Rodière et Pont, III, 2189. Taulier, V, 135. Zachariæ, § 516, texte et note 35. Cpr. Demolombe, V, 154.

[55] Duranton, XIV, 426. Odier, I, 398. Demolombe, IV, 154. Troplong, II, 1423. Zachariæ, § 516, texte et note 50. Turin, 19 janvier 1810, Sir., 11, 2, 79. Civ. cass., 25 janvier 1826, Sir., 26, 1, 463. — M. Battur (II, 514 et 651) refuse à la femme le droit de donner, sans autorisation, décharge de ses capitaux mobiliers, en l'assimilant, d'une manière absolue, au mineur émancipé. Mais cette manière de voir est évidemment contraire à l'art. 1449 combiné avec l'art. 217. Il est, du reste, bien entendu que, si la femme séparée de biens était encore mineure, elle ne pourrait valablement donner décharge de ces capitaux qu'avec l'assistance de son mari, en qualité de curateur, ou, à son refus, qu'avec l'autorisation de la justice. Art. 482.

[56] La loi considère l'aliénation d'objets mobiliers, corporels ou incorporels, comme rentrant de sa nature dans les attributs d'une libre administration. On doit en conclure, qu'en principe, la femme n'est pas admise à demander la nullité des aliénations mobilières par elle consenties, sous le prétexte qu'elle aurait excédé les bornes de sa capacité, en y procédant par esprit de dissipation, et non dans des vues de bonne administration. Duranton, XIV, 426. Odier, I, 404. Rodière et Pont, III, 2190. Zachariæ, § 516, texte et note 48. Colmar, 8 août 1820, Sir., 21, 2, 266. Lyon, 18 juin 1847, Sir., 48, 2, 98. Voy. cep. Demolombe, IV, 155; Marcadé, sur l'art. 1449, n° 3; Troplong, II, 1417 à 1419; Dutruc, 334 et suiv. Ces derniers auteurs semblent admettre que les aliénations mobilières faites par la femme pourraient être annulées par cela seul que, d'après leur objet et leur importance. elles ne présenteraient plus les caractères de simples actes d'administration. Si telle était effectivement leur pensée, nous ne saurions y donner notre adhésion. Il nous paraît, en effet, impossible de soumettre les tiers, qui veulent traiter avec une femme séparée de biens, à la nécessité de s'enquérir des motifs qui la portent à aliéner une partie plus ou moins considérable de son mobilier. Un pareil système serait pour ainsi dire un piége tendu à leur bonne foi, et aurait l'inconvénient de faire naître une foule de contestations, qui ne pourraient être décidées que par une appréciation plus ou moins arbitraire. Tout ce que nous concéderons, c'est que les aliénations mobilières faites par une femme séparée de biens seraient susceptibles d'être annulées, si ses habitudes de dissipation étant de notoriété publique, les tiers

transiger sur les contestations y relatives [57], et procéder au partage conventionnel d'une succession mobilière à laquelle elle est appelée [58].

Elle peut enfin faire au comptant toutes espèces d'acquisitions mobilières ou immobilières, non-seulement au moyen de ses économies, mais encore avec les deniers provenants de la rentrée de ses capitaux [59]. Art. 1449, al. 2.

En vertu de son droit de jouissance, la femme peut user et jouir de ses biens, comme elle l'entend, et faire de ses revenus l'emploi qu'elle juge convenable.

Elle est cependant tenue de contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari [60], aux dépenses du ménage, ainsi qu'aux frais d'éducation des enfants communs, et même de les supporter entièrement, s'il ne reste plus de fortune au mari [61], sans être en droit de former à ce sujet aucune répétition contre lui [62].

acquéreurs devaient être considérés comme ayant agi de mauvaise foi. Voy. cep. dans le sens de cette opinion : Nancy, 24 juin 1854, Sir., 54, 2, 550; Poitiers, 3 février 1858, Sir., 58, 2, 660 ; Paris, 12 mai 1859, Sir., 59, 2, 561.

57 Art. 2045, al. 1, cbn. 1449, al. 2. Duranton, XVIII, 409. Troplong, *Des transactions*, n° 51. Demolombe, IV, 159.

58 Chabot, *Des successions*, sur l'art. 818, n° 9. Toullier, IV, 408. Bellot des Minières, II, p. 154 et 155. Duranton, VII, 128. Troplong, II, 1421. Zachariæ, § 516, texte et note 52.

59 Demolombe, IV, 154 et 157. — La femme pourrait-elle placer ses capitaux à rente viagère? Voy. pour la négative : Demolombe, IV, 158. Voy. pour l'affirmative : Troplong, II, 1422 ; Zachariæ, § 516, texte et note 51; Paris, 17 mai 1834, Sir., 34, 2, 280. Cpr. Caen, 17 juillet 1845, Sir., 48, 2, 134. Cette dernière opinion nous paraît préférable, par le motif que l'acquisition d'une rente viagère, bien qu'emportant aliénation du capital qui en forme le prix, n'en est pas moins un placement de fonds, et qu'en l'absence de toute règle qui impose à la femme l'obligation de faire un emploi déterminé de ses capitaux, elle est libre de choisir le mode qui lui paraît le plus utile à ses intérêts.

60 Les art. 1537 et 1575 ne sont point applicables à l'hypothèse d'une séparation de biens judiciaire. Cpr. § 532, texte n° 1. Zachariæ, § 516, note 40.

61 En cas d'insolvabilité du mari, la femme est intégralement tenue des frais d'éducation des enfants, alors même qu'il s'agirait de frais faits antérieurement à la séparation. Grenoble, 28 janvier 1836, et Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 335 et 336. Agen, 13 juillet 1849, Sir., 49, 2, 367. Agen, 18 juin 1851, Sir., 52, 2, 18. — Voy. au contraire, quant aux dépenses de ménage faites antérieurement à la séparation : Paris, 21 avril 1830, Sir., 30, 2, 218.

62 Rodière et Pont, III, 2213. Troplong, II, 1456. Riom, 20 juillet 1853, Sir., 54, 2, 607.

Art. 1448. Le mari ne peut, pour s'assurer l'exécution des obligations imposées à cet égard à la femme, retenir l'administration de tout ou partie de ses biens [63], ni exiger d'elle une garantie quelconque [64]. Mais, à moins que pour des causes dont l'appréciation appartient aux tribunaux, la femme n'ait obtenu de la justice l'autorisation de payer directement les instituteurs, fournisseurs, ou autres créanciers du ménage [65], le mari est fondé à demander qu'elle verse entre ses mains la somme pour laquelle elle doit contribuer aux dépenses communes et aux frais d'éducation des enfants [66]. Du reste, la femme n'en est pas moins, dans la limite de ses obligations, personnellement tenue envers les tiers ; et elle ne pourrait refuser de les satisfaire, sous le prétexte qu'elle aurait remis au mari le montant de sa part de contribution [67].

Lorsque, nonobstant la séparation de biens, le mari a continué à jouir des biens de la femme, les obligations dérivant de cette jouissance sont régies par des règles analogues à celles qui se trouvent posées aux art. 1539 et 1577 à 1580 [68]. Ainsi, quand la femme a tacitement abandonné au mari la jouissance de ses biens, il n'est tenu, en cas de retrait de cette jouissance, ou lors de la dissolution du mariage, qu'à la restitution des fruits existants, et ne doit aucun compte de ceux qui ont été consommés [69]. Art. 1539 et 1578. Ainsi encore, lorsque le mari a administré les biens de la femme en vertu d'un mandat exprès, donné sous la charge de tenir compte des fruits, il est tenu d'en rendre compte, comme tout autre

63 Zachariæ, § 516, texte et note 39. Bordeaux, 27 avril 1831, Sir., 31, 2, 208.

64 Odier, I, 400. Troplong, II. 1438. Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Poitiers, 17 février 1842, Sir., 42, 2, 472.

65 Delvincourt, III, p. 44. Chardon, *Puissance maritale*, n° 337. Taulier, V, p. 140. Odier, I, 401. Rodière et Pont, III, 2185. Troplong, II, 1435 et 1436. Req. rej., 6 mai 1835, Sir., 35, 1, 415. Caen, 8 avril 1851, Sir., 51, 2, 720.

66 Merlin, *Rép.*, v° Séparation, sect. II, § 5, n° 8. Delvincourt, Taulier, Odier, Rodière et Pont, et Troplong, *locc. citt.* Voy. cep. Paris, 5 août 1807, et les observations de Sirey sur cet arrêt, Sir., 7, 2, 181, et 8, 2, 9.

67 Zachariæ, § 516, note 39, *in medio*. Paris, 21 avril 1830, Sir., 30, 2, 218. Paris, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 387. Cpr. Troplong, II, 1440.

68 Bellot des Minières, IV, 306. Zachariæ, § 516, note 47.

69 Bordeaux, 26 janvier 1831, Sir., 31, 2, 178. Req. rej., 17 janvier 1860, Sir., 60, 1, 263. Cpr. cep. Metz, 17 août 1858, Sir., 59, 2, 49 ; Pau, 12 avril 1859, Sir., 59, 2, 196. Voy. en sens contraire : Odier, I, 399.

mandataire. Art. 1577. Enfin, quand le mari a joui des biens de la femme, malgré l'opposition de celle-ci, il est comptable envers elle de tous les fruits, tant existants que consommés. Art. 1579. Mais il est bien entendu que, dans ces deux derniers cas, le mari est autorisé à retenir la part pour laquelle la femme devait contribuer aux frais du ménage. Du reste, la femme peut, à chaque instant, et nonobstant toute convention contraire [70], retirer au mari la jouissance ou l'administration qu'elle lui avait abandonnée ou confiée.

La femme demeure, malgré la séparation de biens, soumise à la puissance maritale, et à la nécessité de se pourvoir de l'autorisation du mari ou de la justice pour les actes qui ne rentrent pas dans la catégorie de ceux qui viennent d'être rappelés, et pour la passation desquels les femmes mariées ont, en général, besoin d'autorisation. De là résultent les conséquences suivantes :

α. La femme ne peut, sans autorisation, ni aliéner ses immeubles à titre onéreux ou gratuit, ni les grever de servitudes ou d'hypothèques, ni même les engager par voie d'antichrèse [71]. Art. 1449, al. 3.

Lorsqu'un immeuble de la femme a été vendu avec l'autorisation du mari, celui-ci devient responsable du défaut d'emploi du prix de vente, par cela seul que le contrat a été passé de son consentement [72], et sans qu'il soit admis à décliner cette responsabilité,

[70] Une pareille convention serait nulle, comme rétablissant, sans accomplissement des formalités prescrites par l'art. 1451, le régime matrimonial détruit par la séparation de biens. Bordeaux, 25 mars 1848, Sir., 48, 2, 345.

[71] Odier, I, 410. Rodière et Pont, III, 2194. Demolombe, IV, 149 et 162. Troplong, II, 1420. Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 48.

[72] Le second alinéa de l'art. 1450 semble, d'après son texte, subordonner la responsabilité du mari à la double condition de son consentement et de sa présence à l'acte de vente. Mais cette interprétation littérale ne serait pas conforme à l'esprit de la loi, tel que nous le comprenons. Voy. la note suivante. Dans le système qui fait uniquement reposer la responsabilité imposée au mari sur la preuve ou sur une présomption légale qu'il a touché le prix, la présence de celui-ci à l'acte de vente doit sans doute être prise en très-grande considération, parce qu'elle est de nature à justifier cette présomption. Mais dans notre manière de voir, d'après laquelle la responsabilité du mari peut se trouver engagée, alors même qu'il prouverait n'avoir pas touché le prix, on ne doit plus attacher la même importance à son intervention personnelle au contrat de vente. Battur, II, 155. Duranton, XIV, 429; XV, 316. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v°

en prouvant que ce prix a été touché par la femme [73]. Lors, au contraire, que la vente a eu lieu par suite de l'autorisation de la justice, le mari n'est point responsable du défaut d'emploi, à moins qu'il n'ait concouru au contrat, ou qu'il ne soit établi qu'il a reçu le prix ou qu'il en a profité. Art. 1450. Cette preuve peut être faite par témoins, et même à l'aide de simples présomptions [74].

Si, dans les différentes cisconstances qui viennent d'être indiquées, le mari est responsable du défaut d'emploi, il ne l'est pas, en général, de l'utilité de l'emploi effectué. Art. 1450, al. 2. Il en serait toutefois autrement dans le cas où, après avoir touché le prix, le mari en aurait fait le placement sans le concours de la femme et sans pouvoir de sa part [75].

Pour mettre sa responsabilité à couvert, le mari est autorisé à former, entre les mains de l'acquéreur, opposition à ce que le prix soit payé hors de sa présence. D'un autre côté, le tribunal et le

Remploi, n° 80. Rodière et Pont, III, 2207. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 145. Troplong, II, 1447. Req. rej., 1er mai 1848, Sir., 48, 1, 501. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 159; Odier, I, p. 386, à la note; Taulier, V, p. 139; Marcadé, sur l'art. 1450, n° 1 ; Zachariæ, § 516, texte et note 55; Paris, 2 messidor an XI, Sir., 7, 2, 1171.

73 Pothier, n° 605. Rodière et Pont, III, 2206 et 2207. Troplong, II, 1445 et 1451. Voy. en sens contraire : Benech, *op. cit.*, n° 148; Marcadé, sur l'art. 1450, nos 1 et 2; Zachariæ, *loc. cit.* Suivant ces derniers auteurs, la responsabilité du mari n'aurait d'autre fondement que le fait, dûment établi ou légalement présumé, d'avoir touché le prix de vente ; d'où il résulterait qu'il peut s'affranchir de toute responsabilité, en prouvant que le prix n'a point été versé entre ses mains, mais dans celles de sa femme ; et telle est, en effet, la conclusion formelle de Marcadé. Or, cette conclusion est directement contraire à la disposition de l'art. 1450, qui, pour l'hypothèse dont il s'agit actuellement, déclare le mari responsable du défaut d'emploi sans condition ni exception, et sans lui réserver la faculté de prouver que c'est par sa femme, et non par lui, que le prix a été touché. A la vérité, le mari qui, après avoir conceuru à une vente passée par sa femme, n'a pas exigé l'emploi du prix, est justement suspect de se l'être approprié. Mais ce n'est point une raison pour dire que cette présomption soit le fondement unique, ni même la cause principale de sa responsabilité, qui dérive des devoirs attachés à l'autorité maritale.

74 La dépendance dans laquelle la femme se trouve placée, crée pour elle une espèce d'impossibilité morale d'exiger une quittance de son mari. Cpr. § 765, texte et note 3. Rodière et Pont, III, 2212.

75 Arg. art. 1435. Duranton, XIV, 429. Taulier, V, p. 140. Benech, *op. cit.*, n° 148. Troplong, II, 1453.

mari lui-même peuvent subordonner l'autorisation de vendre, demandée par la femme, à la condition d'un emploi déterminé, condition qui devient obligatoire pour l'acquéreur. En l'absence d'opposition de la part du mari, et de condition d'emploi déterminé imposée à la femme, elle a le droit de disposer du prix de vente, comme de tout autre capital mobilier ; et l'acquéreur ne peut se refuser à l'acquitter entre ses mains, sur ses seules quittances, ni exiger d'elle aucune sûreté pour son emploi [76].

β. La femme ne peut, sans autorisation, contracter des dettes par voie d'emprunt, d'achat, ou autrement, si ce n'est pour les besoins et dans les limites d'une sage administration [77]. Mais les

[76] Cpr. texte et note 55 *supra*. Zachariæ, § 516, texte et note 56. Paris, 17 mars 1836, Sir., 36, 2, 190.

[77] Cette proposition ressort nettement de la combinaison de l'art. 1449 avec l'art. 217. En effet, la règle posée par ce dernier article est générale, et s'applique à toute espèce d'engagements que voudrait contracter une femme, même séparée de biens. Cpr. § 472, texte n° 2, et note 18. Et, comme l'art. 1449 ne contient, sur la capacité de la femme judiciairement séparée, que des dispositions spéciales, il la laisse, par cela même, sous l'empire de la règle générale, pour tous les actes qui ne rentrent pas dans la classe de ceux dont il s'est occupé. Vainement dit-on que si l'art. 217 assimile, quant au principe qu'il pose, la femme séparée de biens à la femme commune en biens, il n'a en vue que l'hypothèse d'une séparation conventionnelle. La généralité des termes dont le législateur s'est servi, repousse cette distinction, qui manque d'ailleurs de tout fondement rationnel. Vainement encore dit-on que si l'art. 1449 n'a pas expressément dérogé à l'art. 217, il l'a fait implicitement, en conférant à la femme judiciairement séparée, le pouvoir de disposer de son mobilier, pouvoir qui emporte celui de l'engager par toute espèce d'obligations. Cette argumentation part d'un faux point de vue : la faculté de disposer de son mobilier ayant été accordée à la femme comme inhérente au droit de libre administration, ce n'est qu'à ce titre qu'elle peut l'exercer. Cette faculté, d'ailleurs, ne s'applique qu'au mobilier existant ; et l'expérience démontre qu'on est beaucoup plus réservé à se dépouiller d'objets que l'on possède actuellement, qu'on ne l'est à engager son patrimoine dans l'avenir. D'un autre côté, la capacité que l'on reconnaîtrait à la femme d'engager indéfiniment son patrimoine mobilier, laisserait sans garantie les intérêts de son mari et de ses enfants ; ce qui serait bien évidemment contraire aux motifs sur lesquels repose la nécessité de l'autorisation maritale. Nous ajouterons que, si nous accordons à la femme séparée de biens, le pouvoir de contracter sans autorisation des engagements relatifs à l'administration de son patrimoine, c'est uniquement parce que ce pouvoir est une conséquence forcée du droit d'administrer que la loi lui attribue ; qui veut la fin veut les moyens. Voy. dans le sens de notre opinion : Battur, II, 514 et 652 ; Bellot des Minières,

dettes qu'elle a contractées pour cet objet et dans ces limites, affectent ses immeubles, aussi bien que ses revenus et son mobilier, et sont susceptibles d'être poursuivies sur tous ses biens indistinctement [78].

La femme, incapable de s'obliger sans autorisation, l'est, par cela même, d'accepter une succession.

γ. La femme ne peut pas davantage, sans autorisation, soit dis-

III, p. 374 et suiv.; Duranton, II, 492; Chardon, *Puissance maritale*, n° 157; Valette, sur Proudhon, I, 463; Massol, *De la séparation de corps*, p. 230, n° 20; Odier, I, 405; Rodière et Pont, III, 2193; Demolombe, IV, 163; Marcadé, sur l'art. 1449, n° 3; Troplong, II, 1410 à 1419; Paris, 2 mai 1810, Sir., 10, 2, 313; Paris, 7 août 1820, Sir., 20, 2, 315; Nîmes, 4 juillet 1823, Sir., 24, 2, 72; Paris, 1er juin 1824, Sir., 25, 2, 66; Grenoble, 14 juin 1825, Sir., 26, 2, 38; Civ. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 356; Req. rej., 18 mars 1829, Sir., 29, 1, 423; Civ. cass., 5 mai 1829, Sir., 29, 1, 181; Civ. cass., 7 décembre 1830, Sir., 31, 1, 22; Civ. cass., 3 janvier 1831, Dalloz, 1831, 1, 260; Req. rej., 21 août 1839, Sir., 39, 1, 663; Caen, 6 mars 1844, Sir., 45, 2, 301; Paris, 12 mai 1859, Sir., 59, 2, 561; Civ. rej., 30 décembre 1862, Sir., 63, 1, 257. D'après l'opinion contraire, les engagements contractés par une femme séparée de biens, seraient valables, lors même qu'ils ne résulteraient pas d'actes de simple administration, sauf à ne pouvoir être exécutés que sur le mobilier et les revenus des immeubles de la femme. Voy. en ce sens : Taulier, V, p. 138; Zachariæ, § 516, texte et note 57; Civ. rej., 16 mars 1813, Sir., 14, 1, 160; Civ. cass., 18 mai 1819, Sir., 19, 1, 339; Paris, 3 mars 1882, Dalloz, 1833, 2, 81.

[78] Arg. art. 2092. Duranton, II, 492. Bellot des Minières, II, p. 153, et III, p. 374. Valette, sur Proudhon, I, p. 463. Rodière et Pont, III, 2193. Demolombe, IV, 161. Brives-Cazes, *Revue de législation*, 1852, I, p. 113. Nous croyons devoir rétracter l'opinion contraire, que nous avions adoptée dans nos précédentes éditions, avec Marcadé (sur l'art. 1449, n° 3), Odier (I, 413), Massol (*De la séparation de corps*, p. 232, n° 21) et Zachariæ (*loc. cit.*). Les immeubles de la femme mariée sous le régime de la communauté n'étant pas inaliénables, comme ceux de la femme mariée sous le régime dotal, les obligations valablement contractées par elle les engagent, comme le surplus de son patrimoine, sans qu'il y ait à distinguer entre les obligations pour lesquelles elle a besoin de l'autorisation du mari ou de la justice, et celles qu'elle contracte valablement sans cette autorisation. L'idée qu'une personne, incapable d'aliéner certains biens sans l'autorisation ou le consentement d'un tiers, est par cela même incapable de les engager par des obligations valablement contractées sans ce consentement ou cette autorisation, n'est pas exacte : *Qui s'oblige, oblige le sien*. Cpr. § 140, texte et note 21.

poser entre-vifs, à titre gratuit, de tout ou partie de son mobilier [79], soit accepter une donation entre-vifs. Art. 217 et 905.

δ. Elle ne peut également, sans autorisation, ni transiger sur ses droits immobiliers, ni compromettre sur une contestation quelconque [80].

ε. Enfin, elle ne peut ester en justice sans autorisation, quels que soient la nature et l'objet de l'action qu'elle entendrait intenter, ou qui serait dirigée contre elle [81]. Art. 215. Ainsi, quoique la femme soit capable de toucher ses revenus ou ses capitaux, et, par suite, d'en poursuivre le recouvrement par voie d'exécution, elle ne peut cependant, sans autorisation, ni introduire en justice aucune action relative à ces revenus ou capitaux, ni défendre à une action de cette espèce.

6° Du rétablissement de la communauté dissoute par un jugement de séparation de biens ou de corps.

La communauté dissoute par suite d'un jugement de séparation de biens ou de corps, est susceptible d'être, à chaque instant, rétablie du consentement des deux époux. Art. 1451, al. 1.

Le consentement des époux doit, à peine de nullité, être constaté par acte devant notaires. Cet acte doit être rendu public dans les formes prescrites par l'art. 1445 [82]. Art. 1451, al. 2. Ce n'est

79 On a voulu soutenir le contraire, en se fondant sur les expressions *disposer et aliéner*, qui sont employées cumulativement dans le second alinéa de l'art. 1449. Mais cette interprétation mettrait cet article en opposition évidente avec l'art. 905, dont la disposition, conçue en termes généraux, repose sur un motif qui s'applique tout aussi bien aux donations mobilières qu'aux donations immobilières. Duranton, VIII, 208; XIV, 425. Grenier, *Des donations*, I, 109 et 111. Odier, I, 403. Rodière et Pont, III, 2192. Demolombe, IV, 150. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 4. Troplong, II, 1420. Paris, 28 juin 1851, Sir., 51, 2, 237. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 905 ; Taulier, V, p. 137 ; Zachariæ, § 516, texte et note 49.

80 Arg. Code de procédure, art. 1003 cbn. 83, n° 6. Demolombe, IV, 160.

81 Civ. cass., 6 mars 1827, Sir., 27, 1, 334. Civ. cass., 13 novembre 1844, Sir., 45, 1, 45.

82 Ici ne s'appliquent point les dispositions de l'art. 872 du Code de procédure, relatives au supplément de publicité exigé pour les jugements de séparation. Rodière et Pont, III, 2229. Marcadé, sur l'art. 1451, n° 1. Troplong, II,

qu'à partir de l'accomplissement de cette formalité, que le rétablissement de la communauté est efficace à l'égard des tiers [83].

La communauté ne peut être rétablie que sous les conditions qui la réglaient avant sa dissolution. Toute clause par laquelle les époux, en rétablissant la communauté, dérogeraient à ces conditions, serait nulle. Art. 1451, al. 4. Mais la communauté n'en devrait pas moins être considérée comme rétablie [84], à moins que les époux n'en eussent formellement subordonné le rétablissement à l'exécution des clauses portant dérogation aux conditions primitives de leur communauté [85].

La communauté valablement rétablie est censée, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, avoir toujours duré sans discontinuation. Mais son rétablissement ne saurait, en aucune ma-

1467. Civ. cass., 17 juin 1839, Sir., 39, 1, 460. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 171 ; Duranton, XIV, 430, à la note ; Taulier, V, p. 142 ; Odier, I, 422.

[83] Mais les époux ne peuvent se prévaloir, l'un contre l'autre, de l'omission de cette formalité. L'opinion contraire est cependant enseignée par M. Troplong (II, 1468), qui prétend que, sans publicité, le rétablissement de la communauté manquerait de fixité, et qu'il faudrait en rechercher la preuve dans des faits difficiles à vérifier. En s'exprimant ainsi, le savant auteur a oublié que le rétablissement de la communauté ne peut résulter que d'un acte authentique. Bellot des Minières, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 915. Zachariæ, § 516, texte et note 60.

[84] Cette proposition paraît, au premier abord, contraire au texte du dernier alinéa de l'art. 1451. Mais, en y réfléchissant de plus près, il est facile de se convaincre que la nullité qui s'y trouve prononcée, s'applique, non à l'acte de rétablissement, mais aux clauses dérogatoires qu'il peut contenir. En effet, si le législateur avait voulu frapper de nullité l'acte de rétablissement lui-même, il aurait dit *la convention par laquelle*, et non point *toute convention par laquelle*. Cette dernière locution indique que le mot *convention* a été pris ici comme synonyme de *clause*. Cette interprétation est d'ailleurs conforme à l'opinion émise par Pothier (n° 529), dans le passage d'où l'art. 1451 a été tiré. Duranton, XIV, 131. Odier, I, 424. Rodière et Pont, III, 2235. Duvergier, sur Toullier, XIII, 118. Taulier, V, p. 142. Zachariæ, § 516, texte et note 61. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 46 ; Battur, II, 660 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 299 ; Troplong, II, 1470.

[85] Marcadé (sur l'art. 1451, n° 3) rejette cette modification, qui nous semble cependant être une conséquence forcée de la règle posée par l'art. 1172. Duranton et Taulier, *locc. citt.* Rodière et Pont, III, 2236.

nière, porter atteinte aux actes que, dans l'intervalle, la femme a faits en conformité de l'art. 1449. Art. 1451, al. 3.

La communauté ainsi rétablie n'est, pas plus que toute autre communauté, susceptible d'être dissoute par le consentement des époux. Arg. art. 1443. Mais elle peut l'être au moyen d'une nouvelle demande en séparation de corps ou de biens.

§ 517.

De la faculte dont jouit la femme d'accepter la communauté u d'y renoncer. — Des règles relatives à l'acceptation et à la renonciation. — Des droits de la veuve, accessoires à la faculté d'option, et de son deuil.

1° *De la faculté d'option accordée à la femme et à ses héritiers* [1].

A la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers [2] ont l'option de l'accepter ou d'y renoncer. Art. 1453.

Une acceptation ou une renonciation faite avant la dissolution de la communauté devrait, en général, être considérée comme non avenue [3].

[1] Dans le premier état du Droit coutumier, les femmes ne jouissaient pas de la faculté de renoncer à la communauté. Cette faculté, d'abord accordée, à l'occasion des croisades, aux veuves des nobles seulement, fut plus tard étendue aux femmes des roturiers. Elle fut définitivement admise, pour les premières, par l'art. 115 de l'ancienne coutume de Paris de 1510, et, pour les secondes, par l'art. 237 de la nouvelle coutume de 1580. La renonciation se faisait, dans le principe, au moyen d'un acte solennel et symbolique. Lors des obsèques du mari, la femme détachait de sa ceinture sa bourse et son trousseau de clefs, et les déposait sur la fosse. Argou, *Institution au Droit français,* II, 60. Pothier, n°s 550 et 552. Battur, II, 687. Zachariæ, § 517, note 3.

[2] Nous emploierons, au présent paragraphe, le terme *héritiers* dans son acception étendue, pour désigner tous les successeurs universels sans distinction.

[3] Arg. art. 1453. — Toutefois, comme les effets des jugements qui prononcent une séparation de corps ou de biens remontent toujours, entre les parties, au jour de la demande (cpr. § 494, texte n° 3, et note 18; § 516, texte n° 5), il en résulte que la femme est liée par l'acceptation ou la répudiation de la communauté faite dans le cours de l'instance en séparation. Marcadé, sur l'art. 1453. Troplong, III, 1507. Zachariæ, § 517, note 4. Orléans, 14 novembre 1817, Sir., 19, 2, 216. Lyon, 24 décembre 1829, Sir., 30, 2, 97. Req. rej., 21 juin 1831, Sir., 31, 1, 268.

L'option dont il vient d'être parlé, appartient à la femme, dans le cas même où elle a fait prononcer la séparation de biens [4].

Ses héritiers en jouissent individuellement, chacun dans la proportion de sa part héréditaire. Art. 1475 [5].

Toute convention qui aurait pour objet de priver la femme ou ses héritiers de la faculté de renoncer, ou qui tendrait à en rendre l'exercice illusoire, serait à considérer comme non avenue. Art. 1453.

Le droit d'option de la femme ou de ses héritiers se trouve éteint, dès qu'ils ont consommé leur choix, en acceptant la communauté, ou en y renonçant.

Les créanciers de la femme ou de ses héritiers sont autorisés, comme exerçant les droits de leurs débiteurs, à accepter la communauté, quand ces derniers n'ont point encore eux-mêmes fait usage de leur option [6].

Le mari et ses héritiers ne sont, en aucun cas, admis à renoncer à la communauté. Il en est ainsi, alors même que le mari serait légataire universel de sa femme, et qu'il aurait comme tel intérêt à renoncer, pour soustraire à tout droit de mutation, la part de celle-ci dans la communauté [7].

2° *Des divers modes d'acceptation.*

L'acceptation de la communauté peut se faire expressément ou tacitement [8].

4 *Nec obstant* art. 1456, 1461, 1463 et 1466 : Arg. art. 1453, et Code de procédure, art. 174. Pothier, n° 320. Toullier, XIII, 128. Duranton, XIV, 450. Marcadé, sur l'art. 1463, n°s 1 et 3. Troplong, III, 1495.

5 Voy. sur cet article : § 519, texte n° 2, notes 6 et 7.

6 Art. 1464. Cpr. § 312, texte et note 50. — Sur le point de savoir si les créanciers de la femme peuvent attaquer, par voie d'action paulienne, son acceptation ou sa répudiation de la communauté, cpr. texte n° 4, et notes 22 à 25 *infra*.

7 Odier, I, 431, à la note. Rodière et Pont, II, 1154. Marcadé, sur l'art. 1453. Troplong, III, 1503. Civ. rej., 9 mars 1842, Sir., 42, 1, 193.

8 Les règles sur les divers modes d'acceptation d'une succession sont, en général, également applicables à l'acceptation d'une communauté de biens entre époux. Zachariæ, § 517, texte et note 15. Il est donc inutile d'entrer dans des développements détaillés sur les règles relatives à cette matière, et nous nous bornerons à renvoyer au § 611.

Elle a lieu expressément, lorsque la femme prend dans un acte, soit authentique. soit sous seing privé, la qualité de commune en biens. Art. 1455.

Elle a lieu tacitement, lorsque la femme fait un acte qu'elle n'a le pouvoir de passer qu'en qualité de copropriétaire du fonds commun. Art. 1454, al. 1.

Les actes qui n'ont pour objet que la conservation des biens communs, et même les actes d'administration provisoire ou d'urgence relatifs à ces biens, ne constituent pas une acceptation de la communauté[9]. Art. 1454, al. 2. Ainsi, la femme qui s'est bornée à faire exécuter des réparations urgentes aux bâtiments, à prendre les mesures nécessaires pour interrompre des prescriptions qui étaient sur le point de s'accomplir, à requérir ou à renouveler des inscriptions hypothécaires contre les débiteurs de la communauté, à donner congé à des locataires en retard de payer leurs loyers, à louer les maisons pour les termes d'usage, ou à passer, en cas d'urgence, des baux de biens ruraux, ne doit pas, à raison de ces actes seuls, être considérée comme ayant accepté la communauté. Il en est de même de la femme qui a employé les deniers communs, soit à l'achat de provisions nécessaires à l'entretien du ménage pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, soit à l'acquittement des frais funéraires du mari, et des sommes dues aux domestiques, à des ouvriers, ou à des marchands[10].

Du reste, lorsque la femme se propose de faire un acte qu'elle craindrait de se voir opposer, comme emportant immixtion de sa part, elle peut se faire autoriser, par une ordonnance du président du tribunal, à passer cet acte, en sa qualité d'habile à se porter commune en biens[11].

3° *Des formes de la renonciation.*

La renonciation à la communauté ne peut, en général, se faire valablement, à l'égard des créanciers, qu'au moyen d'une déclara-

9 Zachariæ, § 517, texte et note 22. Cpr. Rouen, 10 juillet 1826, Sir., 27, 2, 84 ; Lyon, 24 décembre 1829, Sir., 30, 2, 97.

10 Arg. Code Napoléon, art. 696, Code de procédure, art. 986. Cpr. Battur, II, 675 et suiv. ; Duranton, XIV, 438 ; Troplong, III, 1522 à 1526 ; Paris, 10 janvier 1835, Sir., 35, 2, 473.

11 Duranton, XIV, 440. Battur, II, 677.

tion inscrite sur le registre tenu au greffe du tribunal de première instance pour recevoir les renonciations à succession. Art. 1457, 1466, et Code de procédure, art. 997. Mais, entre la femme ou ses héritiers et le mari ou ses héritiers, cette renonciation peut avoir lieu par toute espèce de convention [12].

En cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de séparation de biens [13], la femme est légalement présumée avoir renoncé à la communauté, si elle ne l'a pas acceptée, expressément ou tacitement [14], dans les trois mois et quarante jours, à compter du moment où le jugement qui a prononcé la séparation, a acquis l'autorité de la chose jugée [15], à moins qu'avant l'expiration de ce délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé [16]. Art. 1463.

12 Req. rej., 6 novembre 1827, Sir., 28, 1, 227. Req. rej., 4 mars 1856, Sir., 56, 1, 872.

13 L'art. 1463 ne parle expressément que de la femme divorcée ou séparée de corps ; mais sa disposition s'applique *a fortiori* à la femme qui a provoqué la séparation de biens. Merlin, *Rép.*, v° Inventaire, § 5, n° 3. Toullier, XIII, 130. Duranton, XIV, 459. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n°s 314 et 323. Odier, I, 456. Rodière et Pont, II, 1041. Marcadé, sur l'art. 1463, n° 3. Troplong, III, 1582. Grenoble, 12 février 1830, Sir., 32, 2, 637. Cpr. Rouen, 10 juillet 1826, Sir., 27, 2, 84. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 312.

14 L'acceptation peut n'être que tacite, même dans le cas dont s'occupe l'art. 1463. Rodière et Pont, II, 1044. Troplong, III, 1581. Req. rej., 21 juin 1831, Sir., 31, 1, 268. Req. rej., 8 février 1843, Sir., 43, 1, 189. Paris, 2 mai 1850, Sir., 51, 2, 26. Req. rej., 14 mars 1855, Sir., 55, 1, 335.

15 C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 1463, *après la séparation définitivement prononcée*. Odier, I, 453. Rodière et Pont, II, 1042. Troplong, III, 1579. Req. rej., 2 décembre 1834, Sir., 34, 1, 774.

16 La femme qui n'a point usé de la faculté de demander une prorogation de délai, ne peut repousser la présomption légale de renonciation, en se prévalant de circonstances qui, selon elle, l'auraient empêchée de faire son option en temps utile. Rodière et Pont, II, 1042. Marcadé, sur l'art. 1463, n° 2. Troplong, III, 1577 et 1578. Req. rej., 8 novembre 1830, Sir., 31, 1, 384. Agen, 21 décembre 1869, Sir., 70, 2, 274. Voy. en sens contraire : Colmar, 8 août 1833, Sir., 34, 2, 229. Cpr. aussi : Rennes, 26 juin 1851, Sir., 52, 2, 10.

4° Des conditions intrinsèques de l'acceptation ou de la renonciation.

L'acceptation ou la renonciation ne peut avoir lieu, ni sous condition, ni pour une partie seulement de la communauté [17].

L'une et l'autre sont, en général, irrévocables. La femme ou ses héritiers peuvent cependant s'en faire relever pour cause de violence ou de dol [18]. Art. 1455 et arg. de cet article [19].

D'un autre côté, si l'acceptation ou la renonciation avait été faite par un mineur, ou en son nom, sans l'observation des formalités prescrites pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession, ce mineur serait admis à demander la nullité de l'une ou de l'autre [20]. Il importe peu à cet égard qu'elles aient eu lieu, soit expressément, soit tacitement, soit d'une manière présumée [21].

Enfin, les créanciers de la femme peuvent attaquer sa renonciation, lorsqu'elle a été faite au préjudice de leurs droits [22], et partant se faire autoriser à accepter la communauté jusqu'à concurrence de leurs prétentions. Art. 1464. Cette faculté leur appartiendrait même dans l'hypothèse prévue par l'art. 1463 [23].

17 Bellot des Minières, II, p. 267. Zachariæ, § 517, texte et note 24.

18 Bien que la loi ne parle que du dol des héritiers, on ne doit pas hésiter à appliquer la disposition de l'art. 1455 au dol commis par des créanciers de la communauté, ou même par des tiers. Voy. § 611, texte et note 10. Marcadé, sur l'art. 1455, n° 2. Cpr. Zachariæ, § 517, texte et note 20.

19 L'art. 1455 ne pose ce principe que relativement à l'acceptation de la communauté ; mais sa disposition s'applique, par identité de raison, à la renonciation. Battur, II, 667.

20 Arg. art. 1124 cbn. 461 et 484. Cpr. § 611, texte n° 1, lett. *e*, et note 18 ; § 613, texte n° 5, et note 27.

21 Cpr. note 37 *infra*.

22 Aux termes *en fraude de leurs droits*, qui se trouvent dans l'art. 1464, nous avons substitué les expressions *au préjudice de leurs droits*. Il suffit, en effet, que la renonciation de la femme fasse tort à ses créanciers, pour que ceux-ci soient admis à l'attaquer. Arg. art. 788. Cpr. § 313, texte et note 18. Battur, II, 670. Duranton, XIV, 462. Toullier, XIII, 202. Odier, I, 473. Rodière et Pont, II, 1199. Troplong, III, 1585. Zachariæ, § 517, texte et note 46.

23 M. Bellot des Minières (II, p. 342) enseigne le contraire. Mais cet auteur part de la supposition erronée que les créanciers de la femme ne peuvent attaquer la renonciation par elle faite à la communauté, qu'autant qu'il y a preuve, ou du moins présomption, d'un concert frauduleux entre elle et le mari ou les créanciers de ce dernier. Zachariæ, § 517, note 46, *in fine*.

Ils sont également admis, dans le cas où la femme n'aurait accepté une communauté évidemment mauvaise, que par suite d'un concert frauduleux avec les créanciers de cette communauté, à demander, par voie d'action paulienne, la rétractation de son acceptation [24]. Il en serait surtout ainsi, si la femme s'était réservé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation [25].

Mais les créanciers de la femme ne sont jamais reçus à provoquer la séparation de son patrimoine propre d'avec sa part dans la communauté [26].

5° *Du délai pendant lequel la femme peut accepter la communauté ou y renoncer.*

Le délai pour accepter est de trente ans, à dater de la dissolution de la communauté[27], à moins que cette dissolution n'ait eu lieu

[24] La disposition générale de l'art. 1167, qui ouvre l'action paulienne contre tous les actes faits en fraude des droits des créanciers, ne permet pas de s'arrêter à l'argument qu'on voudrait tirer, en sens contraire, de l'art. 1464, en disant que, par cela même que cet article accorde aux créanciers de la femme le droit d'attaquer sa renonciation, elle leur refuse implicitement celui de faire révoquer son acceptation. En vain objecte-t-on qu'il existe une grande différence entre l'acceptation d'une succession, qui crée une situation nouvelle, et l'acceptation d'une communauté, qui laisse les choses dans leur état ordinaire et normal. Cette différence est réelle sans doute ; mais elle doit, à notre avis, rester sans influence au point de vue de l'art. 1167, pour l'application duquel il suffit qu'il y ait eu préjudice causé aux créanciers par suite d'un concert frauduleux. Pothier, n° 559. Rodière et Pont, II, 1057. Marcadé, sur l'art. 788, et sur l'art. 1464. Civ. Rej. 26 avril 1869, Sir., 69, 1, 269. Voy. en sens contraire: Toullier, XIII, 203 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 313 ; Odier, I, 476 ; Troplong, III, 1529.

[25] En dehors de cette hypothèse, les créanciers de la femme n'auraient pas d'intérêt à faire rétracter son acceptation, à moins que, faute d'avoir fait inventaire, elle ne se trouvât privée du bénéfice de l'art. 1483.

[26] L'art. 878, qui crée un bénéfice d'une nature particulière, ne doit pas être étendu à d'autres hypothèses qu'à celle sur laquelle il statue. Il n'existe d'ailleurs pas, sous ce rapport, d'analogie entre l'acceptation d'une communauté et celle d'une succession, puisque la part de la femme dans la communauté ne constitue pas une universalité juridique, distincte de son patrimoine personnel. Bellot des Minières, II, 461 à 475. Toullier, XIII, 211. Odier, I, 524. Marcadé, sur l'art. 1476. Troplong, III, 1681. Zachariæ, § 517, texte et note 47. Voy. cep. Caen, 13 novembre 1844, Sir., 46, 2, 31.

[27] Arg. art. 2262, cbn. 789. Pothier, n° 523. Zachariæ, § 517, texte et note 48.

par suite d'une séparation de corps ou de biens, cas auquel le délai est réduit à trois mois et quarante jours. Art. 1463.

En dehors des cas où la renonciation est présumée, la femme a également trente ans pour renoncer. Elle peut user de cette faculté dans les trois mois de la dissolution de la communauté, sans avoir au préalable fait inventaire[28]. Mais elle est tenue, pour la conserver au delà du délai de trois mois, de faire, avant son expiration, un inventaire fidèle et exact des biens de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés, et dans les formes prescrites par la loi [29]. Faute

[28] Suivant la coutume de Paris (art. 237), la confection d'un inventaire formait une condition indispensable à l'efficacité de la renonciation, à quelque époque qu'elle eût lieu. Mais aussi la confection de l'inventaire n'était soumise à aucun défai fatal. Lebrun, liv. II, chap. II, sect. II, dist. 2, n[os] 2 et 7. Pothier, n[os] 554 et 560. — Merlin (*Rép.*, v° Inventaire, § 5, n° 3) enseigne que l'art. 1456 a reproduit la disposition de la coutume de Paris sur la nécessité d'un inventaire préalable, pour l'efficacité de la renonciation faite n'importe à quelle époque. Il se fonde surtout sur le changement de rédaction apporté, d'après les observations du Tribunat, à l'art. 1461. Mais cette opinion ne doit pas être suivie. Il est certain que les rédacteurs du Code ont voulu substituer un système nouveau à celui de la coutume de Paris, puisqu'ils ont fixé un délai de trois mois pour la confection de l'inventaire, et que, d'un autre côté, l'art. 1453 accorde à la femme la faculté de renoncer, sans en soumettre, d'une manière absolue, l'exercice à la confection d'un inventaire, comme le faisait la coutume de Paris. Si l'art. 1456 impose *à la femme survivante*, *qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté*, l'obligation de faire inventaire dans les trois mois du décès du mari, il résulte bien de là qu'elle n'est admise à excercer cette faculté après le délai de trois mois, qu'autant qu'elle a, dans ce délai, accompli la formalité dont s'agit, mais nullement qu'elle soit tenue de la remplir pour pouvoir renoncer dans le cours du même délai. Quant aux inductions que Merlin tire du changement de rédaction de l'art. 1461, elles ne sont nullement concluantes. Bellot des Minières, II, p. 324. Toullier, XIII, 130. Odier, I, 458 et 459. Marcadé, sur les art. 1457 à 1459, n° 1. Troplong, III, 1537 et 1538. Rodière et Pont, II, 1161. Zachariæ, § 517, texte et note 25. Besançon, 23 février 1828, Sir., 28, 2, 221.

[29] *Quid*, si les formalités prescrites n'ont pas été toutes observées, ou que l'inventaire présente des omissions? Cpr. § 515, texte n° 1, et notes 11 à 13. — Si l'inventaire n'avait pas été, lors de sa clôture, affirmé sincère et véritable par la femme, celle-ci ne devrait point, par cela seul, être considérée comme déchue de la faculté de renoncer. Rodière et Pont, II, 1165. Troplong, III, 1541. Bordeaux, 24 février 1829, Sir., 30, 2, 72. Cpr. aussi : Req. rej., 17 juin 1858, Sir., 58, 1, 813.

d'avoir satisfait à cette condition, elle est déchue de la faculté de renoncer ultérieurement[30], à moins qu'avant l'expiration des trois mois elle n'ait obtenu une prorogation de délai. Art. 1456 à 1459.

Lorsque la faillite du mari est déclarée après son décès, ou que le failli est décédé avant l'ouverture de l'inventaire, c'est au syndic à y faire procéder, et l'inventaire dressé à sa diligence tient lieu de celui de la communauté[31].

La femme, qui a fait inventaire dans les trois mois de la dissolution de la communauté, jouit, à partir de la clôture définitive de cet acte, d'un délai de quarante jours, pendant lequel elle ne peut être contrainte à déclarer si elle entend accepter ou répudier la communauté. Elle est donc autorisée à opposer une exception dilatoire aux créanciers qui la poursuivraient avant que ce délai fût expiré. Mais, après son expiration, elle peut être poursuivie comme commune, tant qu'elle n'a pas renoncé, et doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. Art. 1457 à 1459. Code de procédure, art. 174.

Lorsque la veuve vient à décéder, avant l'expiration des trois mois, sans avoir fait ou terminé l'inventaire, ses héritiers jouissent, pour y procéder, d'un nouveau délai de trois mois à compter de son décès; et, pendant ce délai, ils peuvent renoncer à la communauté sans inventaire préalable. Mais, après son expiration, ils sont

30 Odier, I, 461. Rodière et Pont, II, 1162 et suiv. Marcadé, sur les art. 1457 à 1459, n° 2. Troplong, III, 1543. Zachariæ, § 517, texte et note 32. Bruxelles, 18 mai 1811, Sir., 14, 2, 209. Paris, 2 avril 1816, Sir., 17, 2, 367. Civ. rej., 24 mars 1828, Sir., 28, 1, 377. Civ. cass., 22 décembre 1829, Sir., 30, 1, 54. Limoges, 19 juin 1835, Sir., 35, 2, 465. Caen, 21 juillet 1847, Sir., 48, 2, 652. — Les cours de Metz (24 juillet 1824, Sir, 25, 2, 334) et de Bordeaux (24 février 1829, Sir., 30, 2, 72) ont cependant, par des considérations d'équité, fait fléchir la rigueur de ce principe, dans des espèces où l'inventaire avait été fait peu de temps après l'expiration du délai légal, et où le retard ne pouvait être imputé personnellement à la femme. — Du reste, il est bien entendu que la femme ne serait point, à défaut d'inventaire dans les trois mois du décès du mari, déchue de la faculté de renoncer, si elle s'était trouvée dans l'impossibilité absolue de faire dresser inventaire. Cpr. Paris, 10 janvier 1835, Sir., 35, 2, 473; Req. rej., 5 décembre 1838, Sir., 38, 1, 945.

31 Renouard, *Des faillites*, I, 465. Esnault, *Des faillites*, II, 329. Demangeat, sur Bravard, V, p. 329 et 330. Cpr. Paris, 21 mars 1867, Sir., 67, 2, 357.

déchus de la faculté de renoncer, s'ils n'ont pas fait inventaire durant son cours. Art. 1461.

Lorsque la veuve a fait inventaire, dans les trois mois du décès de son mari, et qu'elle vient à mourir avant l'expiration des quarante jours depuis l'achèvement de l'inventaire, ses héritiers ont un nouveau délai de quarante jours à partir de son décès pour délibérer. Art. 1461. Et comme, d'un autre côté, ils jouissent d'un délai de trois mois pour faire inventaire de sa succession, ils ne peuvent, en définitive, être contraints à prendre qualité, quant à la communauté, avant l'expiration de trois mois et de quarante jours[32], à moins qu'ils n'aient, avant la fin du premier de ces délais, accepté l'hérédité, auquel cas le délai de quarante jours commence à courir à dater de leur acceptation.

Les règles qui viennent d'être exposées sur les délais et les formes dans lesquels la renonciation de la femme peut ou doit être faite, ainsi que sur l'époque à partir de laquelle elle peut être poursuivie par les créanciers, s'appliquent également (*mutatis mutandis*) à la renonciation à faire par ses héritiers, dans le cas où la communauté s'est dissoute par son décès. Art. 1466. Ainsi, ils doivent faire inventaire dans les trois mois du décès pour conserver la faculté de renoncer après ce délai[33].

32 Il s'agit, en pareil cas, pour les héritiers, de prendre qualité, non-seulement en ce qui concerne la communauté, mais encore relativement à la succession de la femme. Et, comme la répudiation, de même que l'acceptation de la communauté, constituerait, de la part des héritiers de la femme, un acte d'acceptation de sa succession, il est évident qu'on ne peut les contraindre à opter entre l'acceptation ou la répudiation de la communauté, avant l'expiration du délai qui leur est accordé pour prendre qualité quant à la succession. Admettre le contraire, ce serait les priver du bénéfice de ce dernier délai. Duranton, XIV, 455. Zachariæ, § 517, texte et note 38. — Delvincourt (III, p. 49 et 50) pense cependant que, dans l'hypothèse dont s'agit, les héritiers de la femme ne jouissent que durant quarante jours de la faculté de renoncer à la communauté, et qu'ils doivent, pour la conserver au delà de ce délai, demander une prorogation de délai au tribunal.

33 Bellot des Minières, II, p. 315 et suiv. Odier, I, 470. Troplong, III, 1548 et 1603. Cpr. *Observations du Tribunat*, et *Rapport au Corps législatif*, par Siméon, Locré, *Lég.*, XIII, p. 252, et p. 463 ; Civ. rej., 9 mars 1842, Sir., 42, 1, 193. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Inventaire, § 5, n° 3 ; Marcadé, sur l'art. 1466 ; Poitiers, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 334 ; Lyon, 15 avril 1856, et Bordeaux, 17 mai 1859, Sir., 60, 2, 31 et 32 ; Poitiers,

Du reste, les divers délais ci-dessus mentionnés se comptent d'après la règle générale *Dies a quo non computatur in termino*[34].

6° *Des causes qui, indépendamment de l'expiration des délais précédemment indiqués, entraînent, pour la femme, déchéance de la faculté de renoncer.*

La femme, quoique se trouvant encore dans les délais pour renoncer, est déchue de la faculté de le faire, lorsqu'elle s'est immiscée dans les biens communs, c'est-à-dire lorsqu'elle a fait un acte de gestion emportant acceptation.

Elle est également déchue de la faculté de renoncer[35], lorsqu'avant d'avoir fait sa renonciation[36], elle a diverti ou récélé des

6 mai 1863, Sir., 63, 2, 180 ; Bordeaux, 23 mars 1865, Sir., 65, 2, 334. Cette dernière opinion, qui s'appuie sur l'autorité de Pothier (n° 562), nous paraît contraire à la disposition de l'art. 1466. En vain dit-on que cet article ne parle que des *délais et des formes* de la renonciation, qu'il ne s'occupe pas de ses *conditions*, et que, par conséquent, il n'impose pas aux héritiers de la femme, l'obligation de faire inventaire dans les trois mois, pour conserver la faculté de renoncer après ce délai. En raisonnant ainsi, on oublie que le délai accordé à la femme pour renoncer n'est pas invariable, et qu'il est réduit à trois mois, lorsqu'elle a omis de faire inventaire avant ce terme ; d'où il résulte, qu'en plaçant les héritiers de la femme sur la même ligne que cette dernière quant aux délais de la renonciation, elle les soumet virtuellement à la nécessité de faire inventaire dans les trois mois pour conserver la faculté de renoncer après ce terme. MM. Rodière et Pont, qui, dans leur première édition avaient également professé l'opinion que nous combattons, se sont ralliés à notre sentiment dans leur seconde édition (II, 1174).

[34] Cpr. § 49, texte et notes 15 et 16. Troplong, III, 1543.

[35] La femme qui a renoncé, après avoir diverti ou recélé des objets de la communauté, n'est pas admise à revenir elle-même contre sa renonciation. Les héritiers du mari ont, en pareil cas, le choix de la traiter, soit comme ayant accepté la communauté, soit comme y ayant renoncé. Bellot des Minières, II, p. 287. Duranton, XIV, 444. Rodière et Pont, II, 1159. Zachariæ, § 517, texte et note 40. Voy. en sens contraire : Battur, II, 703.

[36] Le divertissement commis après une renonciation régulièrement faite, constituerait une soustraction de la chose d'autrui, et ne pourrait plus être considéré comme un fait d'immixtion dans la communauté. Bellot des Minières, II, p. 287. Duranton, XIV, 443. Odfer, I, 444. Marcadé, sur l'art. 1460. Zachariæ, § 517, texte et note 45. Cpr. cep. Troplong, III, 1563 et 1564. Voy. en sens contraire : Battur, II, 702.

objets de la communauté [37]. Ses héritiers sont, en pareil cas, soumis à la même déchéance. Art. 1468 [38].

La femme qui a été condamnée comme commune, par un jugement passé en force de chose jugée, au paiement d'une dette commune, ne peut plus répudier la communauté au préjudice du créancier envers lequel elle a été condamnée ; mais elle conserve, malgré cela, la faculté d'y renoncer à l'égard des autres créanciers.

7° Des droits de la veuve, accessoires à la faculté d'option, et de son deuil.

Lorsque la communauté s'est dissoute par la mort du mari, la veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit, jusqu'à l'expiration du délai dont elle jouit pour faire inventaire et pour

[37] En est-il ainsi, même à l'égard de la femme mineure? Nous ne le pensons pas. Quoique la faculté de renoncer soit un bénéfice tout à fait exceptionnel, la femme mineure n'en est pas moins incapable de s'en priver, soit directement, soit indirectement. On invoquerait vainement, à l'appui de l'opinion contraire, la disposition de l'art. 1310. Il ne s'agit point ici d'apprécier l'effet d'une obligation naissant d'un délit, mais de savoir si un incapable peut, en renonçant à un bénéfice même extraordinaire, se soumettre à des engagements plus ou moins onéreux. Le recélé est sans doute un délit, et la femme mineure qui s'en est rendue coupable, est tenue de réparer le tort qui en est résulté pour les héritiers du mari ou pour les créanciers. Mais là s'arrête l'obligation naissant de ce délit. Quant à la déchéance de la faculté de renoncer, elle est bien moins une conséquence du recélé comme tel, que de l'acceptation tacite qui résulte de tout fait d'imnixtion. Et quand même elle constituerait une espèce de pénalité civile, encore faudrait-il reconnaître que cette pénalité ne peut être appliquée à une femme mineure, puisque autrement il dépendrait d'elle de se priver indirectement d'un bénéfice auquel elle est incapable de renoncer directement. Cpr. § 612, texte n° 3, notes 23 et 24 ; § 613, texte n° 5, notes 53 et 54. Bellot des Minières, II, p. 281. Rodière et Pont, II, 1055. Marcadé, sur l'art. 1460. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art 792 ; Battur, II, 703 ; Odier, I, 446 ; Troplong, III, 1567 ; Zachariæ, § 517, texte et note 39.

[38] Cpr. sur les caractères du recélé dont s'occupe l'art. 1160 : § 612, texte n° 3 ; § 613, texte n° 5 ; Pothier, n° 688 ; Troplong, III, 1566 ; Colmar, 6 avril 1813, Sir., 15, 2, 66 ; Req. rej., 18 juin 1817, Sir., 18, 1, 367 ; Req. rej., 31 mai 1831, Sir., 31, 1, 224 ; Agen, 6 janvier 1851, Sir., 51, 2, 680 ; Paris, 22 juillet 1863, Sir., 63, 2, 225.

délibérer, ou de la prorogation de ce délai[39], de prendre sa nourriture, celle des enfants communs[40], et celle de ses domestiques, sur les provisions existantes; et, s'il n'en existe pas, de s'en procurer au moyen des deniers de la communauté, ou même à l'aide d'emprunts faits au compte de la masse commune. Art. 1465, al. 1.

Elle est également autorisée à occuper, jusqu'à la même époque, la maison qu'elle habitait avant le décès du mari, sans être tenue personnellement à aucune indemnité, ni envers les héritiers du mari, si cette maison dépend de la fortune propre de ce dernier ou de la communauté, ni envers le propriétaire, si elle appartient à un tiers[41]. Art. 1465, al. 2[42].

[39] La disposition de l'art. 1465, qui n'a fait que consacrer un ancien usage, repose principalement sur ce que la femme, en administrant le fonds commun et en faisant inventaire, agit dans l'intérêt des héritiers du mari et des créanciers, aussi bien que dans son intérêt personnel. Il en résulte : 1° que, si la femme a obtenu une prorogation de délai pour faire inventaire, elle doit, pendant la durée de la prorogation, jouir des droits que lui accorde l'art. 1465; 2° que la femme cesse de jouir de ces droits, dès que l'inventaire est fait et que les quarante jours à compter de la clôture de cet acte sont écoulés. Vainement dit-on que l'art. 1465 ayant déterminé le nombre de jours pendant lequel la femme est admise à jouir des droits qu'il lui accorde, ce temps n'est susceptible ni d'abréviation ni d'augmentation. Ce qui indique nettement que telle n'a pas été la pensée des rédacteurs du Code, c'est qu'ils n'ont pas dit, d'une manière absolue, *pendant trois mois et quarante jours*, mais bien, *pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer*. Bellot des Minières, II, 458 et suiv. Duranton, XIV, 466. Odier, I, 479. Marcadé, sur l'art. 1465. Troplong, III, 1596. Voy. en sens contraire : Battur, II, 686; Rodière et Pont, II, 1030; Zachariæ, § 517, texte et note 49; Metz, 10 mai 1860, Sir., 60, 2, 401.

[40] La nourriture des enfants que la veuve a eus d'un précédent mariage, reste exclusivement à sa charge. Duranton, XIV, 687. Odier, I, 480. Marcadé. *loc. cit.* Voy. cep. Rodière et Pont, II, 1029; Troplong, III, 1598.

[41] Lorsque le bail de la maison occupée par la femme vient à cesser avant l'expiration du délai indiqué dans l'art. 1465, la femme a droit, pour le temps qui reste à courir, à une indemnité de logement. Duranton, *loc. cit.* Battur, II, 686. Odier, I, 483. Rodière et Pont, II, 1031. Troplong, III, 1598. Zachariæ, § 517, note 52. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, 354; Proudhon, *De l'usufruit*, VI, 2799.

[42] Cpr. sur cet article : Req. rej., 7 novembre 1827, Sir., 28, 1, 186; Req. rej., 18 janvier 1837, Sir., 37, 1, 172.

Le logement et la nourriture, pendant les délais donnés pour faire inventaire et délibérer, constituent des droits purements personnels à la veuve survivante, et ne compètent pas à ses héritiers. Art. 1495, al. 2.

Enfin, les héritiers du mari sont tenus de bonifier à la femme, sur les biens personnels de ce dernier, les frais de son deuil et de celui de ses domestiques[43]. Art. 1481.

§ 518.

Des suites de l'acceptation de la communauté.

En cas d'acceptation de la communauté, l'actif se partage, et le passif est supporté, conformément aux règles qui seront développées aux §§ 519 et 520. Art. 1467.

Les effets de l'acceptation de la communauté remontent au jour de sa dissolution[1]. Arg. art. 777. Il en résulte, d'une part, que les fruits et revenus des biens communs, échus ou perçus depuis cette époque, doivent être partagés comme faisant partie du fonds commun. Il en résulte, d'autre part, que les actes de disposition d'objets communs faits par le mari depuis cette époque, et notamment les hypothèques qu'il a constituées sur des immeubles de la communauté, s'évanouissent, lorsque les biens qui en forment l'objet ne tombent point dans son lot.

Du reste, tout ce qui sera dit, de la femme ou du mari, relativement au partage de la communauté, s'applique également à leurs héritiers. Art. 1491.

43 Le deuil des domestiques doit être considéré comme faisant partie de celui de la veuve. Pothier, n° 677. Duranton, XIV, 469. Rodière et Pont, II, 1032. Marcadé, sur l'art. 1481. Zachariæ, § 508, note 23, *in fine*. Pau, 27 mai 1837, Sir., 38, 2, 291.

1 Pothier, n° 548. Bellot des Minières, II, p. 477 et 549. Favard, *Rép.*, v° Acceptation de communauté. Zachariæ, § 518, texte et note 1.

§ 519.

Continuation. — Du partage de l'actif de la communauté.

1° *De la formation de la masse à partager.*

Pour procéder au partage du fonds commun, il faut avant tout déterminer la consistance réelle de l'actif dont se compose ce fonds.

A cet effet, on réunit aux valeurs existantes, ce que les époux peuvent devoir à la communauté, et l'on en retranche ce que chacun d'eux a le droit de reprendre ou de prélever, le tout conformément aux règles développées aux §§ 511 et 511 *bis*[1].

Si le mari avait disposé à titre gratuit, autrement que pour l'établissement d'un enfant commun, d'immeubles dépendants de la communauté, ou si l'époux survivant avait disposé seul d'immeubles de cette nature, les immeubles ainsi aliénés seraient à considérer comme biens encore existants et devraient, comme tels, être compris dans la masse[2].

A la masse ainsi formée, on ajoute les fruits naturels et civils des biens de la communauté, perçus depuis le jour de la dissolution, par l'époux qui était resté en possession de ces biens[3]. On y ajoute de même les produits des immeubles tenus à bail par les époux, et dont l'exploitation a été simplement continuée, par l'un des conjoints ou ses représentants, dans les mêmes conditions que durant la communauté. C'est ainsi, par exemple, qu'il y aurait lieu de comprendre dans l'actif de la masse, les produits des biens ruraux, d'une auberge, d'un hôtel garni, ou d'un jardin public, dont les époux étaient fermiers ou locataires, et que le veuf ou la

[1] Zachariæ, § 519, texte et note 1. Cpr. Agen, 17 janvier 1868, Sir., 68, 2, 4.

[2] Il est toutefois entendu que les tiers détenteurs des immeubles communs à comprendre dans la masse, ne pourront être poursuivis en délaissement, qu'après le partage et suivant son résultat. Troplong, III, 1609. Dijon, 6 février 1836 et 9 février 1844, Sir., 44, 2, 121. Civ. cass., 28 avril 1851, Sir., 51, 1, 442.

[3] On doit appliquer, par analogie, au partage de la communauté, la maxime *Fructus augent hereditatem*. Arg. art. 1476. Civ. rej., 20 juillet 1858, Sir., 58, 1, 748. Cpr. Req. rej., 8 juin 1868, Sir., 68, 1, 359.

veuve a continué à exploiter[4]. Mais il n'en serait plus de même des bénéfices que l'un des époux a pu réaliser depuis la dissolution de la communauté, en se livrant, même dans un établissement et avec le matériel et des capitaux dépendants de la communauté, à l'exercice d'une industrie exigeant des aptitudes spéciales, et en faisant à ses risques et périls des spéculations successives et nouvelles[5].

2° De la proportion dans laquelle se partage l'actif. — Des recélés ou divertissements.

A moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage, l'actif de la communauté, déterminé comme il vient d'être dit, se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent ; et ce, alors même que leurs apports étaient inégaux, ou que l'un d'eux s'était réservé la faculté de reprendre, par forme de prélèvement, tout ou partie de ses apports mobiliers. Art. 1474.

Quand, après le décès de la femme, quelques-uns des héritiers ont accepté la communauté, et que les autres y ont renoncé, ceux qui l'ont acceptée, ne sont admis à réclamer les biens composant le lot de la femme, que dans la proportion de leurs parts héréditaires dans sa succession. Le surplus de ces biens reste au mari, qui, de son côté, demeure chargé, envers les héritiers renonçants, dans la proportion de leurs parts héréditaires, de tous les droits que la femme elle-même aurait pu exercer en cas de renonciation. Art. 1475[6]. Des solutions analogues s'appliqueraient au cas ou l'un des héritiers de la femme, décédé sans avoir fait son option, aurait laissé plusieurs héritiers[7].

Au termes de l'art. 1477, celui des époux qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté, est privé de sa portion

4 Bordeaux, 20 novembre 1845, Dalloz, 1846, 4, 72. Paris, 24 avril 1858, Sir., 58, 2, 477.

5 Civ. rej., 24 novembre 1869, Sir., 70, 1, 72. L'époux survivant aurait, bien entendu, à faire état à la communauté, du loyer des immeubles et des meubles, ainsi que des intérêts des capitaux.

6 Cet article a consacré la théorie de Pothier (nos 578 et suiv.). D'après Lebrun (liv. III, chap. II, sect. II, dist. 7, nos 6 et 7), les parts des héritiers qui renonçaient à la communauté, devaient accroître à celles des héritiers qui l'acceptaient.

7 Orléans, 14 février 1862, Sir., 62, 2, 248.

dans les dits effets. Il en est de même des héritiers de l'un ou de l'autre des époux. Art. 1491.

Il n'y a divertissement ou recélé, dans le sens de l'art. 1477, comme des art. 1492, 792 et 801 [8], qu'autant que le fait matériel du défaut de représentation ou de déclaration de certains objets de la communauté, a été le résultat de l'intention frauduleuse ou déloyale, de la part de son auteur, de les soustraire au partage, pour se les approprier en entier et au préjudice des autres ayants-droit [9]. C'est ainsi, en particulier, que les omissions ou inexactitudes qui se rencontreraient dans l'inventaire, ne constituent des recélés ou des divertissements, que si elles ont été faites ou commises sciemment et de mauvaise foi. Arg. art. 801 [10].

Mais aussi toute manœuvre déloyale, toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité du partage, constitue un recélé ou un divertissement, quels que soient les moyens ou les procédés employés, et sans qu'il soit nécessaire que les faits présentent les caractères de délits proprement dits [11].

Les immeubles corporels el les objets incorporels peuvent être l'objet d'un recélé ou d'un divertissement, aussi bien que les meubles corporels ; et il est indifférent, pour que certains faits revêtent le caractère de recélés ou de divertissements dans le sens de l'art. 1477, qu'ils aient eu lieu depuis ou avant la dissolution de la communauté, et avant ou après la confection de l'inventaire [12].

Il résulte de ces différentes propositions, que l'on devrait considérer comme ayant commis un recélé ou un divertissement, l'époux

8 Ces articles ayant, au fond, le même objet, et procédant de la même pensée, se complètent réciproquement, et doivent s'interpréter dans le même sens.

9 Req. rej., 1er mai 1868, Sir., 68, 1, 343. Cpr. Montpellier, 27 novembre 1867, Sir., 68, 2, 68.

10 Pothier, n° 688. Merlin, *Rép.*, v° Récélé, n° 3. Rodière et Pont, II, 1101. Troplong, III, 1694. Civ. rej., 24 mars 1847, Sir., 48, 1, 21. Req. rej., 20 mars 1855, Sir., 55, 1, 401.

11 Civ. rej., 23 août 1869, Sir., 69, 1, 470. Voy. aussi les autorités citées aux deux notes suivantes.

12 *Lex non distinguit.* Il n'y a, d'ailleurs, pas de motifs plausibles pour distinguer, entre un divertissement qui n'aurait eu lieu qu'après la confection de l'inventaire, et celui qui aurait été commis antérieurement. Bellot des Minières, II, 293. Rodière et Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 519, note 4 ; Paris, 5 nivôse an XIII, Sir., 7, 2, 836.

qui aurait omis de mauvaise foi de déclarer un objet commun, qu'il détenait à un titre quelconque, ou une dette qu'il avait contractée envers la communauté [13], ainsi que le mari qui, soit avant, soit depuis la dissolution de la communauté, aurait supprimé les titres d'acquisition ou passé des ventes simulées de conquêts de communauté [14].

Le détournement ou la dissimulation d'objets dépendants de la communauté, perdraient le caractère de recélé ou de divertissement, si, avant la découverte de la fraude, l'époux qui s'en était rendu coupable, les représentait ou les déclarait spontanément [15].

L'appréciation des faits, en ce qui concerne l'intention frauduleuse, nécessaire pour constituer le recélé ou le divertissement, rentre dans les attributions souveraines des tribunaux, et ne tombe pas sous la censure de la Cour de cassation [16].

L'époux, qui s'est rendu coupable de recélé ou de divertissement, est privé de tous les droits qu'il aurait eu à exercer sur les objets détournés ou recélés, non-seulement en qualité de commun en biens, mais à tout autre titre, par exemple comme donataire ou

[13] Paris, 27 juin 1846, Sir., 46, 2, 389. Req. rej., 3 mai 1848, Sir., 49, 1, 353. Req. rej., 29 novembre 1861, Sir., 62, 1, 489. Montpellier, 31 août 1865, Sir., 65, 2, 336. Cpr. Colmar, 6 avril 1813, Sir., 15, 2, 66; Req. rej., 18 juin 1817, Sir., 18. 1, 367; Req. rej., 31 mai 1831, Sir., 31, 1, 224; Agen, 6 janvier 1851, Sir., 51, 2, 680; Paris, 6 et 13 novembre 1855, Sir., 56, 2, 248 et 425; Paris, 19 août 1859, Sir., 60, 2, 55.

[14] Pothier, n° 690. Odier, I, 447 et 511. Rodière et Pont, II, 1101. Troplong, III, 1689. Zachariæ, § 519, texte et note 5. Demolombe, XIV, 484. Req. rej., 5 avril 1832, Sir., 32, 1, 526. Req. rej., 10 décembre 1835, Sir., 36, 1, 327. Orléans, 23 août 1844, et Paris, 7 août 1858, Sir., 60, 2, 585. Poitiers, 17 août 1860, Sir., 60, 2, 582. Bordeaux, 22 août 1861, Sir., 62, 2, 87. Civ. rej., 27 novembre 1861, Sir., 62, 1, 489. Voy. aussi : Demolombe, XIV, 484.

[15] Merlin, *op. et v° citt.*, n° 3. Battur, I, 702. Bellot des Minières, II, p. 285. Rodière et Pont, II, 1101. Troplong, III, 1695. Demolombe, XIV, 481. Zachariæ, § 517, note 42, *in fine*. Paris, 5 août 1839, Sir., 40, 2, 49. Paris, 7 août 1862, Sir., 62, 2, 357. Cpr. Req. rej., 10 décembre 1835, Sir., 36, 1, 327; Paris, 27 juin 1846, Sir., 46, 2, 389. Voy. en sens contraire : Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté, n° 357.

[16] Req. rej., 17 mars 1869, Sir., 69, 1, 299. Req. rej., 5 août 1869, Sir., 69, 1, 398.

légataire de son conjoint[17]. Il en est ainsi, même à l'égard de l'époux mineur[18].

La pénalité dont il s'agit est, d'ailleurs, applicable aux héritiers et légataires de l'époux qui a commis le recélé ou le divertissement, bien qu'elle n'ait pas été prononcée, ni même invoquée contre lui de son vivant[19].

Les objets recélés ou divertis, sont en principe attribués, exclusivement et avant tout partage, à l'époux envers lequel la fraude a été commise ou à ses héritiers. Lorsqu'il s'agit d'un recélé ou d'un divertissement commis par un ou plusieurs des héritiers de l'époux décédé, leurs parts dans les objets divertis ou recélés accroissent, non point aux parts de leurs cohéritiers, mais à celle de l'autre époux ou de ses représentants[20].

Quoique les objets recélés ou divertis soient, en général, dévolus en entier à l'époux envers lequel la fraude a été commise, où à ses ayants-droit, ils ne doivent point être considérés comme étant, à tous égards, et d'une manière absolue, retranchés de la masse

[17] Quoique l'art. 1477 soit rédigé en termes moins explicites et absolus que l'art. 792, et que les mots, *est privé da sa portion* dans les dits effets, ne semblent se rapporter qu'à la part de l'époux recéleur, en qualité de commun en biens, il ne faut pas hésiter à reconnaître que la pénalité qu'il prononce, doit être aussi étendue et complète que celle que l'art. 792 édicte en matière de succession. La différence que l'on voudrait établir, quant à la portée de ces deux dispositions, manquerait de tout fondement rationnel. Toullier, XIII, 214. Odier, I, 511. Rodière et Pont, II, 1102. Marcadé, sur l'art. 1477. Troplong, III, 1692. Demolombe, XIV, 499. Zachariæ, § 519, texte et note 6. Paris, 25 juin 1828, Sir., 28, 2, 193. Req. rej., 5 avril 1832, Sir., 32, 1, 526. Bourges, 10 février 1840, Sir., 40, 2, 501. Riom, 6 août 1840, Sir., 40, 2, 387. Nancy, 10 décembre 1841, Sir., 42, 2, 220. Paris, 24 juin 1843, Sir., 43, 2, 231. Req. rej., 4 décembre 1844, Sir., 45, 1, 191. Bordeaux, 22 août 1860, Sir., 62, 2, 37. Req. rej., 13 mai 1867, Sir., 67, 1, 207. Voy. en sens contraire : Colmar, 9 mai 1823, Sir., 23, 2, 351.

[18] La privation prononcée par l'art. 1477, étant une pénalité civile, directement attachée au recélé ou au divertissement, doit être appliquée à toute personne qui a agi avec discernement. Arg. art. 1310. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, II, 1104. Marcadé, sur l'art. 1477. Troplong, III, 1696. Cpr. § 517, note 37 ; § 612, texte n° 3 ; § 613, texte n° 5 ; et § 708, texte et note 6.

[19] Req. rej., 4 décembre 1844, Sir., 45, 1, 191. Paris, 27 juillet 1846, Sir., 46, 2, 389.

[20] Arg. art. 1475. Le système qui attribuerait la part de l'héritier recéleur à ses cohéritiers, laisserait sans garantie l'autre époux ou ses représentants.

commune. Ils restent soumis à l'exercice des reprises de l'époux coupable ou des héritiers qui ont commis la fraude, en tant que cela est nécessaire, après épuisement des autres valeurs actives, pour compléter ces reprisee [21]. A plus forte raison, les objets recélés ou divertis par le mari ou ses héritiers, doivent-ils, pour l'applica- de l'art. 1483, être compris en totalité dans l'émolument de communauté de la femme ou de ses héritiers.

L'action tendante à faire appliquer à l'époux ou aux héritiers qui se sont rendus coupables de recélé ou de divertissement, la pénalité prononcée par l'art. 1477, ne se prescrit que par trente ans [22]. Elle resterait recevable, malgré la conclusion d'un partage lors duquel l'époux ou les héritiers à qui elle compétait, auraient soupçonné ou même connu l'existence de la fraude [23].

Les tiers qui ont sciemment participé aux actes de recelé ou de divertissement, dont s'est rendu coupable l'un des ayants-droit à une communauté, sont solidairement responsables avec lui du dommage qui en est résulté pour ceux envers lesquels la fraude a été commise [24].

21 Cette solution, conforme à notre ancienne jurisprudence, se justifie par la combinaison de l'art. 1477 avec les art. 1470 et 1474. Refuser à l'époux recéleur, en cas d'insuffisance des autres valeurs de la communauté, le droit d'exercer ses reprises sur les objets recélés ou divertis, ce ne serait plus seulement le priver de *toute part* dans ces objets, mais l'exposer à perdre sa créance même. Lebrun, liv. III, chap. II, sect. II, n° 35. Bourjon, *Droit commun de France*, t. I, p. 599. Rodière et Pont, II, 1103. Civ., cass., 10 janvier 1865, Sir., 65, 1, 40. Voy. en sens contraire : Paris, 20 août 1863, Sir., 63, 2, 225; Angers, 26 avril 1863, Sir., 63, 2, 228. — L'époux ou l'héritier qui a subi l'application de l'art. 1477, est-il fondé à demander une diminution de la part pour laquelle il doit contribuer au paiement des dettes? Voy. § 520, texte n° 2 et note 31.

22 *Nec obstat* art. 2, C. d'instr. crim. Le fait, par l'un des époux ou des héritiers, d'avoir diverti ou recélé des objets dépendants de la communauté, n'est par lui-même qu'une fraude ou un délit de droit civil. Rodière et Pont, II, 1104. Demolombe, XIV, 502. Paris, 24 juin 1843, Sir., 43, 2, 331. Civ. rej., 17 avril 1867, Sir., 67, 1, 205.

23 Cette circonstance ne saurait être considérée, à elle seule, comme impliquant renonciation à l'exercice de l'action. Civ. rej., 17 avril 1867, Sir., 67, 1, 205. Cpr. Caen, 5 juin 1845, Sir., 45, 2, 424 ; Riom, 10 avril 1851, Sir., 51, 2, 565.

24 Req. rej., 24 avril 1865, Sir., 65, 1, 220. Cpr. Req. rej., 14 décembre 1859, Sir., 60, 1, 253.

3° *Du mode et des effets du partage.*

Le partage de la communauté est soumis, en ce qui concerne ses formes, ses effets, la garantie qui en résulte, et le paiement des soultes, à toutes les règles établies, au titre *Des successions,* pour les partages entre cohéritiers. Art. 1476.

Il doit donc, en général, et sauf la licitation des objets qui ne seraient pas commodément partageables, être fait en nature, et d'après le mode prescrit par l'art. 832. La licitation ne pourrait être provoquée pour des objets d'une certaine espèce, pour des immeubles par exemple, qui seraient susceptibles d'être partagés en deux lots, encore que la sous-division en nature de ces biens ne fût pas commodément praticable entre les héritiers de l'un ou de l'autre des époux[25].

L'art. 883, en particulier, est applicable aux partages de communauté, comme à ceux de succession[26]. Mais, quoique l'effet rétroactif que cet article attache au partage, remonte en principe, quant aux biens composant le fonds commun, au jour même où ils sont entrés dans la communauté, cet effet est cependant restreint, pour le temps qui s'est écoulé jusqu'à la dissolution de la communauté, par les pouvoirs de disposition qui appartiennent au mari sur les biens communs. C'est ainsi que les hypothèques constituées par le mari, durant la communauté, sur des immeubles communs, continueront de subsister, bien que, par le partage, ces immeubles soient tombés au lot de la femme[27].

Les dispositions des art. 887 à 892, relatives à l'action en rescision pour cause de lésion des partages de succession, sont

25 Cpr. Bordeaux, 30 juillet 1838, Sir., 39, 2, 94.

26 Odier, I, 518. Rodière et Pont, II, 1106. Marcadé, sur l'art. 1476. Troplong, III, 1672. Req. rej., 24 janvier 1837, Sir., 37, 1, 106.

27 Mais il ne faut pas dire pour cela, comme le font quelques auteurs, qu'en matière de partage de communauté, la rétroactivité ne remonte qu'au jour de la dissolution de la communauté. Voy. Zachariæ, § 518, texte et note 1. Cette formule, trop absolue, conduirait à de fausses applications, notamment en ce qui concerne les donations d'immeubles faites par le mari à des tiers. Cpr. Marcadé, *loc. cit.*

également applicables aux partages de communauté[28], ainsi que celle de l'art. 2205, sur la saisie des biens indivis entre cohéritiers[29].

Il en est encore de même de la disposition de l'art. 882. Les créanciers de l'un ou de l'autre époux peuvent donc, pour empêcher que le partage ne soit fait au préjudice de leurs droits, s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence, et y intervenir à leurs frais. Ils peuvent aussi attaquer le partage consommé sans opposition de leur part, s'il a été le résultat d'un concert frauduleux entre les époux ou leurs héritiers[30].

Mais la disposition de l'art. 841, qui établit le retrait successoral, ne doit pas être étendue à la cession faite, à un tiers, par l'un des époux, de sa part indivise dans la communauté[31].

Quant à la disposition de l'art. 826, elle est de sa nature inapplicable aux partages de communauté. L'époux survivant ou les héritiers du conjoint prédécédé ne seraient donc pas admis à provoquer la vente des meubles, sous le prétexte qu'elle est nécessaire pour l'acquittement des dettes et charges de la communauté[32].

§ 520.

Continuation. — Du partage du passif de la communauté, ou du paiement des dettes communes.

Les règles relatives à la manière dont les époux sont, après le partage de l'actif de la communauté, tenus du paiement des dettes

28 Toullier, XIII, 209. Odier, I, 522. Rodière et Pont, II, 1106. Marcadé, sur l'art. 1476. Troplong, III, 1679. Zachariæ, § 519, texte et note 8. Civ. cass., 8 avril 1807, Sir., 7, 1, 189. Paris, 21 mai 1813, Sir., 14, 2, 269. Bourges, 29 mai 1830, Sir., 30, 2, 297.

29 Voy. § 778, texte n° 2.

30 Voy. pour l'interprétation de l'art. 882 : § 626, texte n° 3.

31 Voy. les autorités citées à la note 14 du § 359 *ter*. Zachariæ, § 519, texte et note 9.

32 Quoique des ayants droit, en nombre plus ou moins considérable, puissent être intéressés dans un partage de communauté, il n'y a cependant jamais, dans un pareil partage, que deux parties principales, se trouvant en face l'une de l'autre, et il ne saurait dès lors être question d'une majorité dans le sens de l'art. 826. Zachariæ, § 519, note 2. Bruxelles, 13 novembre 1811, Sir., 12, 2, 153.

communes[1], varient, selon qu'on envisage leur position à l'égard des créanciers, ou que l'on considère la position de l'un des époux à l'égard de l'autre.

1° De la manière dont les époux sont tenus des dettes communes envers les créanciers.

a. Le mari reste, malgré l'acceptation de la communauté par la femme et le partage de ce qui en dépend, obligé, envers les créanciers, au paiement intégral de toutes les dettes par lui contractées. Art. 1484.

On doit, dans le sens de l'art. 1484, considérer comme des dettes contractées par le mari, non-seulement ses dettes antérieures au mariage, celles qui grevaient les successions à lui échues ou les donations à lui faites durant la communauté, et celles qui procèdent, soit d'engagements qu'il a pris seul ou conjointement avec sa femme, soit de délits ou de quasi-délits par lui commis, mais encore les dettes que, pendant le mariage, la femme a contractées avec son autorisation[2], et même celles qu'elle a contractées avec la

[1] Nous n'avons point à nous occuper ici des dettes de l'un ou de l'autre des époux, qui ne grèvent pas la communauté, et notamment de celles que la femme a contractées, hors des cas prévus par l'art. 1427, avec la seule autorisation de justice.

[2] Il résulte de la combinaison de l'art. 1484 avec les art. 1409, n° 2, 1419 et 1426, que l'on doit, sous ce rapport, assimiler aux dettes contractées par le mari lui-même, celles que la femme a contractées avec son autorisation. Duranton, XIV, 493. Odier, I, 536. Rodière et Pont, II, 1133. Troplong, III, 1781. Zachariæ, § 520, texte et note 2. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 1485 et 1486, n°s 1 et 2. Cet auteur se fonde principalement sur l'autorité de Pothier, et sur la circonstance que le Conseil d'État a laissé subsister, dans l'art. 1484, les termes *par lui contractées*, dont le Tribunat avait demandé la suppression. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 254. Mais il est à remarquer que Pothier, en s'occupant, au n° 730, de la question de savoir si le mari reste tenu pour la totalité des dettes qui procèdent du chef de la femme, ne range dans cette catégorie, que les dettes qu'elle a contractées avant son mariage et celles qui grevaient les successions à elle échues durant la communauté, sans y comprendre celles qu'elle a contractées pendant le mariage avec l'autorisation de son mari. Quant à l'argument tiré des travaux préparatoires, nous répondrons que, bien que le Conseil d'État ait laissé subsister, dans l'art. 1484, les termes dont le Tribunat avait demandé la suppression, cela n'autorise nullement à dire qu'il ait

simple autorisation de justice, dans les hypothèses prévues par l'art. 1427[3].

Le mari, au contraire, n'est tenu que pour moitié des dettes personnelles à la femme, c'est-à-dire de ses dettes antérieures au mariage, et de celles qui grevaient les successions ou les donations mobilières qui lui sont échues ou qui lui ont été faites durant la communauté, encore qu'il ait autorisé l'acceptation de ces successions ou donations[4]. Art. 1485. Il en est ainsi, alors même que les

voulu consacrer une doctrine contraire aux idées émises par ce corps. Si le Conseil d'État n'a pas déféré à cette demande, c'est sans doute parce que, d'une part, on doit considérer comme contractées par le mari lui-même, les dettes qui l'ont été par la femme avec son autorisation, et parce que, d'autre part, la suppression proposée par le Tribunat aurait eu pour résultat de créer une antinomie entre les art. 1484 et 1485, en ce que le premier de ces articles aurait soumis le mari au paiement intégral de dettes dont il n'est cependant tenu que pour moitié d'après le second. En émettant l'opinion que nous combattons, Marcadé paraît avoir oublié que le mari est tenu des dettes dont s'agit, non pas comme un associé ordinaire, mais en vertu d'un fait qui lui est personnel, c'est-à dire de l'autorisation qu'il a donnée en qualité de chef de la communauté, fait qui l'engage comme s'il avait contracté personnellement.

[3] Dans ces hypothèses, le mari se trouve personnellement obligé, soit parce qu'il s'agit de dettes contractées dans son intérêt, soit parce qu'il est censé avoir été représenté par la femme. Duranton, Odier, Rodière et Pont, et Troplong, *locc. citt.*

[4] La question de savoir ce que l'on doit entendre par les expressions *dettes personnelles de la femme*, dont se sert l'art. 1485, est nettement décidée, dans le sens de la proposition énoncée au texte, par les précédents historiques et par les travaux préparatoires du Code. Cpr. Pothier, n° 730 ; et note 2 *supra* ; Locré, *Lég.*, XIII, p. 137, art. 88 ; p. 234, art. 94, et p. 263, n° 2. Il en résulte, d'une manière indubitable, qu'on doit notamment comprendre sous ces expressions, les dettes qui grevaient les successions ou donations mobilières échues ou faites à la femme, et acceptées par celle-ci du consentement du mari. Il est vrai, qu'interprétée en ce sens, la disposition de l'art. 1485 peut, au premier abord, paraître contraire aux explications données à la note 2 *supra* sur les effets de l'autorisation accordée par le mari et l'engagement personnel qui en résulte pour lui. Mais cette disposition s'explique suffisamment, à notre avis, par la considération que l'acceptation de successions échues ou de donations faites à la femme, constitue de sa part un acte tout personnel, dans lequel, quoique autorisée par son mari, elle ne saurait être réputée avoir agi pour l'intérêt particulier de ce dernier. Si le mari, qui a autorisé sa femme à accepter de pareilles successions ou donations, peut, durant la communauté, être poursuivi pour l'intégralité des charges qui les grèvent, et si, même après sa dissolution, il y reste obligé pour moitié,

biens de la femme sont insuffisants pour acquitter l'autre moitié de ces dettes.

La règle qui vient d'être posée est cependant sujette à modification, dans le cas où la femme ayant fait inventaire, son émolument de communauté se trouve inférieur à la moitié du passif restant à sa charge, auquel cas ses créanciers sont admis à exercer, de son chef, un recours contre le mari, jusqu'à concurrence de la différence existant entre cet émolument et la moitié des dettes personnelles de la femme [5].

Du reste, le mari est tenu pour moitié des dettes de la femme, quand même elles ne seraient tombées dans la communauté qu'à charge de récompense [6].

tandis qu'il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la *versio in rem*, quand l'acceptation a eu lieu avec la simple autorisation de justice, cette différence tient à ce que, par son autorisation, le mari a implicitement reconnu que l'émolument de ces successions ou donations en excédait les charges, et qu'il n'est plus dès lors admis à élever de débats sur ce point.

5 L'insuffisance de l'émolument de communauté, pour couvrir la moitié des dettes personnelles de la femme, ne saurait faire fléchir la règle posée en termes absolus par l'art. 1485, ni autoriser les créanciers de cette dernière à agir directement contre le mari, à l'effet de le contraindre à payer au delà de la part de passif que cet article met à sa charge. En vain invoquerait-on, à l'appui de cette action directe, l'art. 1483 et le bénéfice qu'il accorde à la femme. Les créanciers de celle-ci ne pourraient, en effet, s'en faire une arme pour agir directement contre le mari, qu'autant qu'elle serait elle-même admise, ce qui n'est pas, à leur en opposer la disposition. Mais, comme la femme jouit, vis-à-vis du mari, du bénéfice établi par l'art. 1483, même pour ses dettes personnelles, et qu'elle serait, par conséquent, en droit de recourir contre lui, si elle était obligée de les payer au delà de son émolument, ses créanciers peuvent, aux termes de l'art. 1166, exercer le même recours du chef de leur débitrice. C'est dans ce sens que nous paraît devoir être interprétée l'opinion de Pothier (n° 730), reproduite par Toullier (XIII, 241). Voy. dans le même sens : Marcadé, sur les art. 1485 et 1486, n° 2 ; Rodière et Pont, II, 1135. Cpr. Battur, II, 799 ; Odier, I, 539 ; Duvergier, sur Toullier, *loc cit.*; Troplong, III, 1782. Ces auteurs, qui n'ont point examiné la question au point de vue du recours fondé sur l'art. 1166, refusent aux créanciers de la femme toute action contre le mari, en ce qui concerne la moitié des dettes personnelles de cette dernière.

6 *Lex non distinguit.* La question de savoir si une dette est tombée dans la communauté d'une manière absolue ou à charge seulement de récompense, ne concerne que les rapports des époux entre eux, et reste étrangère à leurs relations avec les créanciers. Duranton, XIV, 496. Marcadé, sur les art. 1485 et 1486, n° 2. Zachariæ, § 420, note 3.

b. La femme n'est, en général, et sauf les exceptions qui seront ci-après indiquées, tenue, à l'égard des créanciers, que pour moitié des dettes de la communauté. Art. 1487. Il en est ainsi dans le cas même où elle n'a pas fait inventaire [7].

Encore ne peut-elle, pour cette moitié même, être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'elle ait, dans les trois mois de la dissolution de la communauté [8], fait dresser un inventaire exact et fidèle [9] de la masse commune. Art. 1483.

On entend par émolument de communauté, la valeur de tout ce qui est tombé au lot de la femme, fût-ce même à titre de préciput, et de tout ce dont elle s'est enrichie par suite du partage [10].

7 Req. rej., 21 décembre 1830, Sir., 31, 1, 152. Voy. cep. Caen, 21 novembre 1860, Sir., 61, 2, 243.

8 L'art. 1483 n'exige pas expressément que l'inventaire ait été fait dans ce délai. Mais on doit, sous ce rapport, appliquer, par analogie, les dispositions des art. 1456 et 794. Un inventaire fait tardivement n'offrirait plus aucune garantie aux créanciers. Odier, I, 550. Rodière et Pont, II, 1118. Marcadé, sur l'art. 1483, n° 2. Troplong, III, 1743. Zachariæ, § 420, texte et note 9. Civ. cass., 22 décembre 1829, Sir., 30, 1, 54. Req. rej., 7 février 1848, Sir., 48, 1, 243. Nancy, 7 avril 1859, Sir,, 59, 2, 475. Angers, 20 mai 1863, Sir., 64, 2, 110. Douai, 8 août 1864, Sir., 64, 2, 298. Cpr. Civ. rej., 24 mars 1828, Sir., 28, 1, 377; Req. rej., 21 décembre 1830, Sir., 31, 1, 152. — Du reste, l'inventaire peut être fait valablement après l'acceptation de la communauté par la femme. Bellot des Minières, II, p. 298. Battur, II, 809. Zachariæ, § 420, note 11.

9 La femme serait donc privée du bénéfice que lui accorde l'art. 1483, si elle avait diverti ou recélé des objets de la communauté. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 253). Pothier, n° 746. Bellot des Minières, II, p. 291. Battur, II, 699. Odier, I, 549. Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.* Troplong, III, 1747 et suiv. Zachariæ, § 420, texte et note 10.

10 Les termes *en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage*, qui se trouvent dans l'art. 1483, ne présentent pas un sens clair. Il paraît que les rédacteurs du Code les ont employés pour exprimer que la femme ne peut opposer aux créanciers, ni l'inventaire seul, ni l'acte de partage seul, et qu'elle doit faire entrer en compte, pour le calcul de son émolument, d'un côté, la valeur de tous les objets inventoriés, y compris même ceux qui auraient été omis dans l'acte de partage, et, d'un autre côté, la valeur de tous les objets réellement partagés, comme dépendants de la communauté, y compris même ceux qui n'avaient pas été portés dans l'inventaire. Toutefois, nous n'avons pas cru devoir formellement énoncer cette proposition, qui serait trop absolue. En effet, si des objets propres à l'un des époux, ou appartenant à un tiers, avaient été, par erreur, portés dans l'inventaire, comme

Ainsi, l'émolument de communauté comprend les fruits et revenus que la femme a perçus des objets tombés dans son lot [11]. Il comprend également les sommes dont elle était débitrice envers la communauté, lorsqu'elles lui ont été précomptées sur sa part [12]. Mais les objets qu'elle a retirés à titre de reprises, et les valeurs qui lui ont été assignées pour la remplir des récompenses à elle dues par la communauté, ne font point partie de son émolument [13].

Pour déterminer le montant de l'émolument, on doit estimer les objets compris au lot de la femme, eu égard à leur état et à leur valeur au jour du partage. L'augmentation de valeur qu'ils peuvent avoir reçue plus tard, profite à la femme seule, qui, réciproquement, doit seule supporter la dépréciation qu'ils auraient subie par une cause quelconque [14]. Toutefois, les créanciers seraient fondés à réclamer une bonification à raison des détériorations qui, depuis la dissolution de la communauté, auraient été

faisant partie de la masse commune, la valeur de ces objets ne devrait point entrer en ligne de compte pour la fixation de l'émolument de la femme. Il est, du reste, bien entendu, qu'en pareil cas, la preuve de l'erreur est à la charge de cette dernière.

11 Pothier, n° 747. Odier, I, 553. Rodière et Pont, II, 1114. Troplong, III, 1753. Zachariæ, § 420, note 12.

12 Pothier, *loc. cit.* Duranton, XIV, 489. Bellot des Minières, II, p. 522. Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 1483, n° 3.

13 Duranton, XIV, 487. Odier, I, 553. Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.* Troplong, III, 1736. Angers, 2 décembre 1830, Sir., 31, 2, 101.

14 Ces propositions nous paraissent résulter de la nature même du bénéfice accordé à la femme par l'art. 1483. Il est bien évident, d'une part, qu'immédiatement après le partage, les créanciers de la communauté auraient le droit de poursuivre la femme jusqu'à concurrence de la valeur à cette époque des objets que le partage lui a attribués, et, d'autre part, que la femme serait libérée si, immédiatement après le partage, elle versait le montant de cette valeur entre les mains des créanciers. Or, on ne comprendrait pas que des événements postérieurs quelconques pussent modifier la position des parties, telle qu'elle s'est trouvée déterminée par l'effet du partage. D'ailleurs, comme, par suite de l'acceptation de la communauté, la part de la femme se confond pleinement avec le restant de son patrimoine, elle doit supporter la dépréciation que peuvent subir les objets tombés dans son lot, et, réciproquement, profiter de l'augmentation de valeur qu'ils peuvent recevoir. *Res perit domino. Quem sequuntur incommoda, eumdem debent sequi commoda.* Rodière et Pont, II, 1115. Marcadé, sur l'art. 1483, n° 3.

occasionnées par la faute de la femme. Du reste, les créanciers ne sont point tenus de se contenter du prix d'estimation fixé par l'inventaire. Ils peuvent provoquer une estimation contradictoire, peu importe qu'il s'agisse d'objets mobiliers ou d'immeubles [15]. Au contraire, la femme est, en général, liée par l'estimation faite dans l'inventaire, à moins qu'elle ne prouve que les objets sur la valeur desquels il y a contestation ont, avant le partage, éprouvé des détériorations indépendamment de toute faute de sa part.

La femme qui a fait inventaire, jouit de plein droit du bénifice de n'être tenue des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument. Elle n'a donc pas besoin de se réserver ce bénéfice dans l'inventaire, ou lors de l'acceptation de la communauté. Elle n'est pas obligée, pour le conserver, de se conformer, relativement à la vente des objets tombés dans son lot, aux règles prescrites à l'héritier sous bénéfice d'inventaire [16].

Le bénéfice dont s'agit n'empêche pas que la part de la femme dans la communauté ne se confonde pleinement et irrévocablement avec le restant de son patrimoine. Il en résulte que les créanciers de la communauté peuvent indistinctement poursuivre leur paiement sur les objets tombés dans son lot et sur ses biens propres [17]. On doit aussi en conclure que la femme ne peut arrêter les poursuites de ces créanciers, en offrant de leur abandonner ce qui lui reste des objets tombés dans son lot [18].

15 Les créanciers pourraient-ils exiger que la femme leur abandonnât les immeubles tombés dans son lot? Duranton (XIV, 489) enseigne l'affirmative. Mais cette opinion, qui repose sur une interprétation forcée des termes *en rendant compte*, dont se sert l'art. 1483, est évidemment contraire à la nature du bénéfice que cet article accorde à la femme. Cpr. Pothier, n° 747.

16 Duranton, XIV, 489. Odier, I, 556. Rodière et Pont, II, 1123. Marcadé, sur l'art. 1183, n° 3. Zachariæ, § 420, note 8, *in fine*. Nancy, 7 avril 1859, Sir., 59, 2, 475.

17 Pothier, n° 737. Toullier, XIII, 247. Rodière et Pont, II, 1124. Odier et Marcadé, *locc. citt.* Troplong, III, 1759. Colmar, 5 août 1862, Sir., 63, 2, 85.

18 *Nec obstat* art. 802. On ne peut, sous ce rapport, assimiler la position de la femme qui a fait inventaire de la communauté, à celle de l'héritier qui a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire. Celui-ci, en effet, n'étant pas tenu, sur ses biens personnels, des dettes de la succession, et n'étant considéré, à l'égard des créanciers, que comme un simple administrateur, on conçoit que la loi lui ait accordé la faculté de se dégager de toute obligation envers ces der-

La femme est autorisée à payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent, à moins que l'un ou l'autre d'entre eux n'ait formé opposition entre ses mains, en demandant que son émolument de communauté soit réparti entre tous, au marc le franc de leurs créances[19]. Arg. art. 808.

Le bénéfice établi par l'art. 1483, qui, dans les rapports de la femme avec le mari ou ses héritiers, existe même pour les dettes qu'elle a contractées conjointement ou solidairement avec le mari[20], n'a d'application, quant aux créanciers, que pour les dettes dont la femme n'est tenue qu'en qualité de commune en biens. Elle ne peut donc opposer ce bénéfice à un créancier envers lequel elle s'est obligée conjointement avec son mari. Art. 1487.

La règle d'après laquelle la femme est tenue pour moitié des dettes communes, s'applique même à celles dont la communauté n'a été grevée qu'à charge de récompense de la part du mari[21]. Et la femme ne peut se refuser au paiement de la moitié d'une dette contractée par le mari, sous le prétexte qu'elle ne serait pas constatée par un acte ayant acquis date certaine avant la dissolution de la communauté[22].

niers, en leur abandonnant les biens de la succession. Mais cette faculté ne peut appartenir à la femme qui a accepté la communauté, puisque, par suite de l'acceptation qu'elle en a faite, elle est tenue personnellement, sur ses biens propres, de la moitié des dettes communes, et que sa part dans la communauté se trouve entièrement confondue avec le surplus de son patrimoine. D'ailleurs, les biens tombés dans le lot de la femme peuvent, depuis le partage, avoir subi une dépréciation considérable, et il y aurait injustice envers les créanciers à leur faire supporter la perte résultant de cette dépréciation. Cpr. note 14 *supra*. Toullier, XIII, 245 à 247. Odier, I, 557. Rodière et Pont, II, 1125. Marcadé, et Troplong, *locc. citt.* Pothier (n° 747) enseignait une doctrine différente : Tout en refusant à la femme, la faculté d'abandonner aux créanciers les meubles tombés dans son lot, après les avoir usés, cet auteur lui accorde cette faculté en ce qui concerne les immeubles, sauf à tenir compte des dégradations qui procéderaient de son fait. MM. Bellot des Minières (II, p. 522), Battur (II, 803) et Zachariæ (§ 520, texte et note 13) ont pleinement adopté l'opinion de Pothier, que Duranton (XIV, 489) a également reproduite avec quelques modifications.

19 Duranton, XIV, 490. Troplong, III, 1737.

20 Nancy, 7 avril 1859, Sir., 59, 2, 475.

21 Cpr. texte et note 6 *supra*.

22 Cpr. § 756, texte n° 2, *in fine*. Voy. cep. Req. rej., 8 septembre 1807, Sir., 7, 1, 455.

Lorsque la femme a payé une dette commune au delà de sa moitié, elle n'a point de répétition contre le créancier pour l'excédant, à moins que la quittance n'exprime qu'elle a entendu acquitter sa moitié ou sa part. Art. 1488. Il en est de même, à plus forte raison, lorsqu'en acquittant sa moitié d'une dette commune, la femme a payé au delà de son émolument de communauté[23].

La règle que la femme n'est tenue que pour moitié des dettes de la communauté, souffre exception :

α. En ce qui concerne ses dettes mobilières, antérieures au mariage, et les dettes, mobilières ou immobilières, dont se trouvaient grevées les successions ou donations mobilières qui lui sont échues ou qui lui ont été faites durant la communauté[24]. Art. 1486.

β. Relativement aux dettes que la femme a contractées seule avec l'autorisation du mari, quoique dans l'intérêt de la communauté, et à celles qu'elle a contractées avec l'autorisation de la justice dans les hypothèses exceptionnelles prévues par l'art. 1427[25].

γ. Enfin, en ce qui touche les dettes qu'elle a contractées solidairement avec son mari, quoique dans l'intérêt de la communauté. Art. 1487[26].

La femme peut, à raison de ces diverses dettes, être poursuivie pour le tout par les créanciers.

c. L'époux qui, d'après les règles ci-dessus développées, ne serait tenu, envers les créanciers, que pour la moitié d'une dette commune, peut cependant, et par exception à ces règles, être poursuivi pour la totalité de cette dette dans les hypothèses suivantes :

α. Lorsque la dette est indivisible[27].

β. Lorsque la dette est garantie par une hypothèque affectant des immeubles qui proviennent de la communauté, et dont l'un des époux se trouve détenteur. Art. 1489.

[23] Zachariæ, § 420, texte et note 14.

[24] Cpr. § 508, texte n° 2, et note 30 ; § 513, texte n° 2, et note 5.

[25] Odier, I, 542. Rodière et Pont, II, 1127 et 1128. Marcadé, sur l'art. 1486, n° 1. Rennes, 6 juillet 1863, Sir., 63, 2, 189.

[26] Cpr. art. 1431, et § 510, texte n° 4.

[27] Rodière et Pont, II, 1137. Cpr. cep. Bruxelles, 29 août 1807, Sir., 8, 2, 58.

Les créanciers de la communauté ne sont pas admis à provoquer la séparation des biens qui en dépendent, d'avec le surplus du patrimoine des époux[28]. Ils ne jouissent, en cette qualité, d'aucun droit de préférence sur les créanciers personnels des époux, qui viennent par contribution avec eux sur le produit de ces biens, sauf l'exercice des priviléges et des hypothèques qui peuvent appartenir aux uns ou aux autres[29].

2° De la manière dont les époux ont à contribuer, l'un à l'égard de l'autre, au paiement des dettes communes.

a. Chacun des époux doit contribuer pour moitié au paiement de toutes les dettes communes, de celles même dont l'un d'eux serait tenu en totalité envers les créanciers. Art. 1482.

Les reprises pour récompenses ou indemnités auxquelles le mari peut avoir droit, ne forment pas des dettes de communauté dans le sens des art. 1482 et 1483: la femme ou ses héritiers ne sont pas tenus, sur leurs biens personnels, au paiement de la moitié de ces reprises, par cela seul qu'ils n'ont pas fait inventaire dans les trois mois du décès du mari[30].

28 On est généralement d'accord pour refuser ce droit aux créanciers de la communauté. Toullier, XIII, 211. Bellot des Minières, II, p. 461. Battur, II, 802. Odier, I, 524. Troplong, III, 1681. Zachariæ, § 518, texte et note 47.

29 Civ. rej., 18 avril 1860, Sir., 60, 1, 305. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1763 ; Tessier, n° 239 ; Bordeaux, 13 novembre 1832, Sir., 33, 2, 54. Cette opinion repose sur la supposition erronée que la communauté conjugale (et la société d'acquêts en particulier) constitue une personne morale, possédant un actif distinct du patrimoine personnel des époux, et spécialement affecté aux dettes qui font partie du passif de la communauté. Cpr. § 505, note 2.

30 Pour savoir ce que l'art. 1482 entend par ces termes, *dettes de la communauté*, il faut se reporter à l'art. 1409. Or, cet article, qui n'indique comme éléments du passif de la communauté que des dettes envers *des tiers*, ne fait aucune mention des reprises des époux; et ce qui prouve que c'est bien avec la signification propre, ainsi déterminée, que les rédacteurs du Code ont employé, dans l'art. 1482, les expressions *dettes de la communauté*, c'est la suite de cet article, et surtout l'art. 1483, qui suppose évidemment des dettes contractées envers des tiers, puisque ce n'est que pour de pareilles dettes qu'il pouvait être question de régler la position de la femme *tant à l'égard du mari, qu'à l'égard des créanciers*. La position du mari, en ce qui concerne ses reprises, est réglée d'une manière spéciale par l'art. 1472, qui n'en autorise l'exercice, à l'encontre de la femme ou

La circonstance que l'un des époux s'est trouvé privé, en vertu de l'art. 1477, de sa part dans les objets par lui divertis ou recélés, n'apporte aucune modification à la règle qui vient d'être posée : l'époux qui s'est rendu coupable de divertissement ou de recélé, n'en reste pas moins tenu de contribuer pour moitié aux dettes de la communauté [31].

de ses héritiers, que sous forme de prélèvement sur les biens de la communauté, sans leur imposer, pour les affranchir de toute obligation personnelle à ce sujet, le devoir de faire dresser inventaire dans les trois mois du décès du mari. Quand, pour écarter l'application de cet article, on dit qu'il ne dispose qu'en vue du cas où les forces de la communauté ont été constatées au moyen d'un inventaire fait en temps utile, et ne déroge, par conséquent, pas à l'art. 1482, on fait une pétition de principe, en même temps que l'on prête aux termes *dettes de la communauté*, un sens qu'ils n'ont pas. Il pourra, sans doute, s'élever entre les héritiers du mari ayant des reprises à réclamer, et la femme qui aura pris possession de la communauté, sans avoir fait dresser inventaire, des contestations sur la consistance de la communauté ; et cous comprenons, que le juge pourrait, en pareil cas, condamner la femme à payer les reprises du mari, en déclarant, au vu des éléments fournis par l'instruction, qu'elle a trouvé dans la communauté des valeurs suffisantes pour les acquitter. Mais si, sans constater en fait une pareille situation, le juge condamnait la femme à payer, sur ses biens personnels, la moitié des reprises du mari, par le motif qu'elle n'aurait pas fait inventaire, il ferait une fausse application de l'art. 1482, et violerait l'art. 1472. Angers, 20 mai 1863, Sir., 64, 2, 110. Angers, 11 août 1864, Dalloz, 1865, 2, 186. Req. rej., 17 février 1867, Sir., 67, 1, 222. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 1120 ; Douai, 12 décembre 1861, Sir., 62, 2, 67 ; Agen, 4 décembre 1866, Sir., 67, 2, 217. Voy. aussi : Req. rej., 24 mars 1828, Sir., 28, 1, 377.

31 Les objets divertis ou recélés par l'un des époux étant attribués à l'autre à titre particulier, cette attribution n'engendre pour celui-ci aucune obligation de contribuer aux dettes proportionnellement à la valeur de ces objets. D'un autre côté, l'art. 1482 est conçu en termes absolus, et l'on ne trouve pas, au § 2 de la sect. V, intitulé *Du passif de la communauté, et de la contribution aux dettes*, de disposition qui modifie, pour le cas de divertissement ou de recélé, la règle posée par cet article. En vain dit-on, qu'en refusant à l'époux coupable de divertissement ou de recélé, toute diminution de sa part de contribution aux dettes, on le frappe d'une double peine. Il nous paraît, au contraire, évident qu'en lui accordant une pareille diminution, la peine dont la loi a voulu le frapper, cesserait d'être complète, et qu'il ne serait pas entièrement privé de toute part dans les objets divertis ou recélés, puisque la valeur de ces objets lui profiterait indirectement dans une certaine mesure, en le dégrevant proportionnellement de sa contribution aux dettes. Bordeaux, 20 février 1341, Sir., 41, 2, 327. Angers, 26 août 1863, Sir., 63, 2, 228. Civ. rej., 10 janvier 1865, Sir., 65, 1, 40. Voy. en sens contraire : Odier, I, 511 ; Rodière et Pont, II, 1102 ; Troplong, III, 1693.

Celui des conjoints qui a payé, soit forcément, soit volontairement, au delà de la moitié d'une dette commune, a pour l'excédant un recours en indemnité contre son conjoint. Art. 1490, al. 2.

Par exception à la règle posée dans l'art. 1482, les dettes à raison desquelles l'un des conjoints était soumis à une récompense envers la communauté, resteraient exclusivement à sa charge, s'il n'avait pas dans le partage fait état du montant de cette récompense. Il devrait donc dans ce cas indemniser l'autre époux, qui serait recherché par les créanciers en paiement de dettes de cette nature, du montant de tout ce que celui-ci aurait été obligé de payer à sa décharge.

b. La femme n'est, à l'égard du mari, tenue de contribuer au paiement des dettes communes, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'elle ait fait dresser un inventaire fidèle et exact de la communauté. Art. 1483. Un acte de partage, régulièrement fait avec le mari ou ses héritiers, peut cependant, sous ce rapport, remplacer l'inventaire [32].

Les règles développées au numéro précédent, sur la manière de calculer l'émolument de communauté relativement aux créanciers, s'appliquent également aux rapports de la femme et du mari.

Le bénéfice accordé à la femme par l'art. 1483 s'étend, au regard du mari, à toutes les dettes de la communauté, quelles qu'en soient la nature et l'origine. Ainsi, la femme en jouit relativement aux dettes à raison desquelles elle peut être poursuivie par les créanciers au delà de son émolument, et notamment pour celles qu'elle a contractées solidairement avec son mari [33]. Elle en jouit même pour les dettes procédant de son propre chef [34], ainsi que

[32] Pothier, n° 745. Toullier, XIII, 250. Duranton, XIV, 489. Odier, I, 562. Taulier, V, p. 161. Troplong, III, 1750. Rodière et Pont, II, 1143. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 228. Zachariæ, § 520, note 17. Voy. en sens contraire : Battur, II, 804; Marcadé, sur l'art. 1482, n° 2. Cpr. Besançon, 22 décembre 1855, Sir., 56, 2, 615 ; Amiens, 18 mars 1863, Sir., 63, 2, 135.

[33] Pothier, n° 739. Battur, II, 808. Duranton, XIV, 486. Odier, I, 563. Troplong, III, 1734. Marcadé, sur les art. 1482 et suiv., n° 2. Nancy, 7 février 1859, Sir., 59, 2, 475.

[34] Pothier, n° 739. Duranton, XIV, 491. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 228. Odier, I, 563. Rodière et Pont, II, 1144. Troplong, III, 1734. Zachariæ, § 520, texte et note 16.

pour les récompenses ou indemnités qui lui sont dues par la communauté, et de la moitié desquelles elle est, par suite de son acceptation, devenue débitrice envers elle-même [35].

En vertu du bénéfice dont s'agit, la femme qui a, forcément ou volontairement, payé une dette commune au delà de son émolument, a pour l'excédant un recours en indemnité contre son mari. Art. 1490, al. 2.

Du reste, rien n'empêche que, par le partage, l'un des époux ne soit chargé de payer au delà de la moitié des dettes communes, ou même de les acquitter entièrement. Art. 1490. Mais les conventions faites à ce sujet ne peuvent, en aucune manière, être opposées aux créanciers. Et, s'il en résultait une lésion de plus du quart au préjudice de l'un des époux, le partage dans lequel elles auraient eu lieu, serait même susceptible de rescision [36].

Les règles développées au présent paragraphe s'appliquent aux héritiers du mari ou de la femme comme aux époux eux-mêmes. Art. 1491. Ainsi, les héritiers de la femme ne jouissent du bénéfice de l'art. 1483 qu'autant qu'il a été fait un inventaire fidèle et exact, dans les délais indiqués au § 517 [37].

§ 521.

Des effets de la renonciation à la communauté.

En renonçant à la communauté, la femme perd toute espèce de droits sur les objets qui en dépendent, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. Elle ne peut donc, à moins de stipulation contraire [1], exercer la reprise de ses apports mobiliers. La loi lui

35 La femme qui accepte la communauté, ne fait confusion que jusqu'à concurrence de son émolument, de la moitié des reprises, récompenses, ou indemnités, qui lui sont dues par la communauté ; le surplus doit lui être payé sur les biens propres du mari. Pothier, n° 740. Odier, et Rodière et Pont, *locc. citt.* Zachariæ, § 520, note 16, *in fine.*

36 Toullier, XIII, 264. Odier, I, 565. Rodière et Pont, II, 1147.

37 Cpr. § 517, texte n° 5, et note 29. Troplong, III, 1742. Rodière et Pont, II, 1147. Lyon, 16 février 1854, Sir., 56, 2, 423.

1 Cpr. art. 1514, et § 528.

accorde cependant la faculté de retirer le linge et les hardes à son usage [2]. Art. 1492.

La quantité de linge et de hardes que la femme est autorisée à retirer, n'étant pas limitée, elle peut, en général et sauf l'application de l'art. 560 du Code de commerce, retirer toute sa garde-robe, y compris même les châles et dentelles qui, eu égard à sa situation, servaient à son habillement [3]. Mais elle doit abandonner, à l'exception seulement de sa bague nuptiale, tous ses bijoux et joyaux, ceux-là mêmes qu'elle possédait déjà avant son mariage, ou qu'elle a reçus comme présents de noces [4].

La renonciation fait perdre, en particulier, à la femme, tout droit aux arrérages d'une rente viagère, acquise au moyen de deniers ou d'effets de la communauté, et stipulée réversible sur sa tête [5].

La femme qui renonce se trouve dégagée, à l'égard des créanciers, du paiement de toutes les dettes de la communauté auxquelles elle n'est pas personnellement obligée, et à l'égard du mari, de l'obligation de contribuer à toute espèce de dettes communes, procédassent-elles de son propre chef, autres que celles à raison desquelles elle devrait récompense à la communauté, si elle l'avait acceptée. Art. 1494.

2 En accordant ce droit à la femme, le Code civil s'est montré plus libéral envers elle que la plupart de nos coutumes, qui ne lui permettaient d'emporter qu'un seul habillement : on disait, *non debet abire nuda*. Pothier, n° 569.

3 Toullier, XIII, 279 et suiv. Duranton, XIV, 508 et suiv. Troplong, III, 1821. Rodière et Pont, II, 1189. Caen, 13 avril 1864, Sir., 64, 2, 205. Voy. cep. Marcadé, sur l'art. 1492.

4 Caen, 13 avril 1864, Sir., 64, 2, 205. Cpr. cep. Toullier, XIII, 283; Troplong, III, 1822. Ces auteurs accordent à la femme le droit de retenir également sa montre et sa tabatière.

5 Dans notre opinion, une rente viagère acquise avec des valeurs de la communauté, et autrement qu'à titre de remploi, constitue un conquêt de communauté, encore qu'elle ait été stipulée réversible en faveur de l'époux survivant : d'où la conséquence, que la femme qui renonce à la communauté, perd tout droit aux arrérages de la rente. Dans le système contraire, qui attribue la propriété de la rente à l'époux survivant, il faudrait décider que la renonciation ne prive pas la femme du bénéfice de la rente, sauf la récompense qu'elle devrait à la communauté. Cpr. § 507, texte n° 1, et note 9; et Req. rej., 15 mai 1844, Sir., 44, 1, 409.

Du reste, la femme conserve, en cas de renonciation, le droit de faire valoir toutes les reprises qu'elle eût été fondée à exercer en cas d'acceptation. Ainsi, elle a le droit de reprendre, d'une part, ses immeubles propres et ceux qui ont été acquis en remploi de ses propres aliénés ou de deniers à elle appartenants, et, d'autre part, les valeurs mobilières qui lui étaient restées propres, et notamment les créances provenant de la vente ou du partage de ses immeubles. La femme conserve également le droit de poursuivre contre le mari les récompenses et indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Les fruits des objets dont la femme est admise à exercer la reprise, et les intérêts des récompenses ou indemnités dont il vient d'être parlé, lui sont dus de plein droit à partir de la dissolution de la communauté[6]. Art. 1473.

Mais, d'un autre côté, la femme reste, malgré sa renonciation, engagée, envers le mari, au paiement des créances que ce dernier peut avoir contre elle comme chef de la communauté, et ce avec intérêts à partir de la dissolution de la communauté.

La femme reste également engagée, envers les tiers créanciers, au paiement de toutes les dettes de la communauté, auxquelles elle est personnellement obligée. Il en est ainsi notamment de ses dettes antérieures au mariage, de celles qui grevaient les successions mobilières à elles échues[7], et de celles qu'elle a contractées durant la communauté avec l'autorisation du mari, ou avec l'autorisation de la justice pour les causes indiquées par l'art. 1427. Art. 1494.

Lorsque la femme est poursuivie à raison d'une dette de cette nature, elle a un recours en indemnité contre le mari pour le montant de ce qu'elle est obligée de payer. Elle est même fondée à exiger, avant toutes poursuites, qu'on comprenne dans la liquidation de ses droits, une somme égale à celle pour le montant de laquelle elle est exposée à être poursuivie, à raison des dettes qu'elle a contractées avec son mari, en offrant de consigner cette somme pour le compte de ce dernier[8].

Toutefois, s'il s'agissait d'une dette contractée dans l'intérêt personnel de la femme, le mari pourrait repousser le recours qu'elle exercerait contre lui, au moyen d'une exception fondée sur la

[6] Cpr. § 511, texte n° 3, et note 14.
[7] Civ. rej., 23 juillet 1851, Sir., 51, 1, 753.
[8] Arg. art. 1431 cbn. 2032, n° 3. Cpr. § 427, note 21.

récompense qu'elle doit à la communauté pour le montant de cette dette.

Les règles qui viennent d'être développées s'appliquent aux héritiers de la femme et à ceux du mari, comme aux époux eux-mêmes. Cependant, en cas de dissolution de la communauté par le décès de la femme, ses héritiers ne jouissent point du droit de retirer le linge et les hardes à son usage. Art. 1495, al. 2.

B. DES CONVENTIONS PAR LESQUELLES LES ÉPOUX MODIFIENT LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

1. *Des conventions qui ont pour objet de restreindre ou d'étendre la communauté légale.*

§ 522.

a. *De la communauté réduite aux acquêts.*

1° La communauté se trouve réduite aux acquêts, non-seulement lorsque le contrat de mariage contient une clause qui exprime formellement cette réduction, ou, ce qui revient au même, lorsque les époux ont déclaré exclure de la communauté tout leur mobilier présent et futur[1], mais encore lorsqu'ils ont simplement stipulé qu'il y aurait entre eux une communauté d'acquêts[2].

[1] Cette clause se confond entièrement dans ses effets avec celle par laquelle la communauté est expressément réduite aux acquêts. Toullier, XIII, 299. Cpr. note 22 *infra*.

[2] Merlin (*Rép.*, v° Réalisation, § 1, n° 2) et Toullier (XIII, 317) enseignent, au contraire, en se fondant sur le texte du premier alinéa de l'art. 1498, que la réduction de la communauté aux acquêts ne résulterait pas d'une pareille stipulation, et qu'il faut, pour l'opérer, une clause conçue en termes restrictifs et formellement exclusifs de la communauté légale. Mais l'interprétation que ces auteurs donnent à l'art. 1498 est évidemment forcée. Cet article, en effet, n'a pas eu pour objet de tracer une formule que les parties seraient, à peine d'inefficacité de leur convention, obligées d'employer pour réduire la communauté aux acquêts ; et il n'est pas possible d'équivoquer sur l'intention de futurs époux qui ont déclaré vouloir établir une communauté d'acquêts Pothier, n° 317. Battur,

2° La communauté conventionnelle dont il est ici question, se compose activement des acquêts et des revenus des biens propres des époux. Art. 1498.

On entend par acquêts tout ce que, pendant la durée de la communauté, les époux acquièrent, ensemble ou séparément, à titre onéreux, et tout ce qui, pendant le même intervalle de temps, provient de leur industrie [3], c'est-à-dire tous les gains et profits qu'ils retirent de l'exercice de talents, de capacités, ou d'aptitudes quelconques.

La communauté réduite aux acquêts comprend donc notamment :

la propriété des compositions littéraires, scientifiques, ou artistiques, et des inventions faites durant la communauté [4] ;

les récompenses accordées à l'un des époux, en rémunération de services par lui rendus [5] ;

la valeur vénale d'un office conféré gratuitement au mari pendant la communauté [6], et même celle de l'office dont il était titu-

II, 356. Duranton, XV, 8 et suiv. Taulier, V, p. 174. Odier, II, 684. Rodière et Pont, II, 1222 et 1223. Troplong, III, 1855. Req. rej., 16 décembre 1840, Sir., 41, 1, 11. Cpr. Zachariæ, § 522, note 1; Req. rej., 1er juin 1853, Sir., 53, 1, 513.

[3] Le second alinéa de l'art. 1498 se sert des expressions *industrie commune*; mais il est évident que par ces expressions, qui ne sont pas complétement exactes, le législateur a voulu désigner l'industrie de l'un ou de l'autre des époux.

[4] Rodière et Pont, II, 1242. Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 2.

[5] Rodière et Pont, II, 1250. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1873. Req. rej., 7 novembre 1827, Sir., 28, 1, 186. Colmar, 20 décembre 1832, Sir., 33, 2, 185.

[6] La nomination à des fonctions publiques ne peut être considérée, ni comme un don de fortune pour celui qui en est investi, ni comme une pure libéralité de la part du chef de l'État. On doit, en effet, supposer que les offices sont conférés aux personnes qui en sont dignes, soit par leur mérite, soit à raison des services qu'elles ont rendus. On peut donc, jusqu'à certain point, envisager la nomination à un office comme étant, du moins en partie, le fruit de l'industrie de l'époux auquel cet office a été conféré, le terme *industrie* pris en l'acception étendue qu'il a dans cette matière. Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.* Troplong, III, 1874. Douai, 15 novembre 1833, Sir., 34, 2, 189. Agen, 2 décembre 1836, Sir., 37, 2, 309. Voy. cep. en sens contraire : Metz, 25 décembre 1835, Sir., 36, 2, 255 ; Bordeaux, 2 juillet 1840, Sir., 40, 2, 398.

laire en se mariant, lorsque le mariage est antérieur à la loi du 28 avril 1816 [7];

enfin, les gains de jeux, soit de commerce [8], soit même de hasard, et spécialement les gains faits dans une loterie [9].

Mais la communauté réduite aux acquêts ne comprend, ni le mobilier que les époux possédaient au jour du mariage, ni celui qui leur est échu pendant le mariage à titre de succession ou de donation. Elle ne comprend pas non plus les purs dons ou gains de fortune, par exemple, la moitié d'un trésor attribuée, *jure inventionis*, à l'époux qui l'a découvert [10].

Les meubles ou les immeubles acquis durant la communauté, même au moyen de deniers provenants de la vente d'objets appartenant à l'un des époux, ou du remboursement d'une créance à lui propre, forment des acquêts, à moins que l'acquisition n'en

[7] Req. rej., 8 mars 1843, Sir., 43, 1, 305. Paris, 21 avril 1857, Sir., 57, 2, 249. — La mieux-value qu'un office, resté propre au mari, a pu acquérir pendant la communauté, tombe-t-elle dans l'actif de la communauté? La négative est incontestable, quand la mieux-value provient exclusivement de l'augmentation générale de la valeur des offices : *Res crescit vel perit domino*. Bordeaux, 19 février 1856, Sir., 56, 2, 271. Et cette solution nous semble devoir être également admise, alors même que la mieux-value est le résultat de l'industrie de l'époux, titulaire de l'office, puisque cette mieux-value, ne constituant pas un objet distinct de l'office lui-même, ne saurait être considérée comme un acquêt dans le véritable sens de ce mot. Cpr. § 511, texte n° 2, et note 8. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1876 ; Bordeaux, 29 août 1840, Sir., 41, 2, 142.

[8] Ces gains, en effet, ne sont pas de purs dons de fortune ; c'est l'industrie du joueur qui, aidée de la fortune, procure de pareils bénéfices. Duranton, XV, 12. Tessier, *op. cit.*, n° 76. Odier, II, 687. Troplong, III, 1872. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, II, 1248 ; Marcadé, *loc. cit.*

[9] Pothier (n° 323) considère les gains de cette espèce comme de purs dons de fortune, et les exclut de la communauté, à moins qu'il ne soit prouvé que les billets ont été payés des deniers communs. Voy. également dans ce sens : Rodière et Pont, II, 1246 ; Marcadé, *loc. cit.* Mais cette distinction, contraire à la présomption générale que toutes les sommes dépensées par l'un des époux ont été puisées dans la caisse commune, doit être rejetée, puisqu'il y a toujours là une convention aléatoire dont le bénéfice éventuel doit appartenir à la communauté. Voy. en ce sens : Duranton, Tessier, Odier, et Troplong, *locc. citt.*

[10] Pothier, n° 323. Toullier, XIII, 323. Odier, II, 687. Taulier, V, p. 176 et 177. Rodière et Pont, II, 1245. Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 2. Zachariæ, § 522, note 3. Voy. cep. Duranton, XV, 12; Troplong, III, 1871.

ait eu lieu avec déclaration de remploi, conformément aux règles exposées au § 507 [11].

Tout ce que les époux possèdent à la dissolution de la communauté, et tout ce qu'ils ont possédé pendant sa durée, est, jusqu'à preuve contraire, réputé acquêt.

L'un des époux n'est, en général, admis à établir, contre l'autre, la consistance du mobilier qu'il prétend avoir possédé au jour de la célébration du mariage, qu'au moyen d'un inventaire ou d'un état en bonne forme, antérieur à cette époque [12]. Art. 1499. Cependant les tribunaux pourraient, selon les circonstances, admettre, comme établissant suffisamment la consistance de ce mobilier, un inventaire ou état dressé peu de jours après la célébration du mariage, et revêtu de la signature des époux, ou même un acte de partage fait dans un temps voisin du mariage, quoiqu'en l'absence de l'autre conjoint [13]. Mais, ni le mari, ni la femme, ne seraient reçus à justifier de leurs apports mobiliers par témoins ou par commune renommée [14].

11 Civ. cass., 22 mars 1853, Sir., 53, 1, 467. Paris, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 209.

12 Les moyens à l'aide desquels cette preuve peut être faite varient, selon qu'il s'agit des relations des époux entre eux, ou de leurs relations avec leurs créanciers. Il n'est ici question que du premier de ces points de vue. Voy. en ce qui concerne le second : texte nos 3 et 5 *infra*.

13 Pothier, nos 298 et suiv. Toullier, XIII, 305 et 306. Battur, II, 365. Bellot des Minières, III, p. 29 à 39. Duranton, XV, 18. Rodière et Pont, II, 1266. Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 3. Troplong, III, 1882. Agen, 2 juillet 1869, Sir., 70, 2, 43. Voy. en sens contraire : Odier, II, 694 ; Bugnet, sur Pothier, *loc. cit.*

14 Pothier (n° 300) accordait aux deux époux, la faculté de prouver la consistance de leurs apports mobiliers par témoins, et même par commune renommée. Son opinion a été adoptée sans modification par Maleville (III, 351), et par MM. Battur (II, 367) et Rodière et Pont (II, 1273). Suivant Toullier (*loc. cit.*), la femme seule jouirait de cette faculté, et le mari ne pourrait faire preuve de ses apports mobiliers que par un inventaire ou par un acte équivalent. Cpr. aussi : Zachariæ, § 522, texte et note 8. La doctrine de Pothier, même avec la modification que Toullier y apporte, nous paraît inadmissible d'après le Code Napoléon, surtout en ce qui concerne la preuve par commune renommée. Cette preuve, en effet, est d'une nature tout exceptionnelle, et ne peut être reçue que dans les cas auxquels la loi l'a formellement autorisée, ou dans des circonstances absolument analogues. Or, les art. 1415 et 1504, al. 3, ne l'admettent, même en faveur de la femme, que relativement au mobilier qui lui est échu pendant le

La simple déclaration, contenue au contrat de mariage, que le mobilier de l'un ou de l'autre des époux est de telle valeur, n'autoriserait pas l'époux en faveur duquel elle a été faite, à établir par témoins la consistance de ce mobilier, dans le but d'en exercer la reprise en nature. Mais une pareille déclaration suffirait, sous la distinction établie par l'art. 1502, pour autoriser la reprise de la somme à laquelle a été évalué le mobilier formant l'objet de cette déclaration [15].

Quant au mobilier qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, le mari est tenu de le faire constater par un inventaire en bonne forme. Lorsqu'il a négligé de remplir cette formalité relativement à une succession échue à la femme [16], celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve par témoins, et même par commune renommée [17], de la valeur du mobilier dépendant de cette succession. Au contraire, lorsque le mari a négligé de faire constater le mobilier d'une succession à laquelle il a été lui-même appelé, il n'est pas reçu à en faire preuve par témoins, et bien moins encore par commune renommée. Il pourrait cependant suppléer au défaut d'inventaire par d'autres titres propres à justifier, tant de la consistance du mobilier à lui échu, que du montant des dettes dont ce mobilier était grevé, par exemple, au moyen d'un acte de partage non suspect [18]. Art. 1504. Les héritiers du mari se trouvent, sous ce double rapport, dans la même position que leur auteur [19].

mariage; et le motif sur lequel reposent leurs dispositions, ne s'applique point au mobilier que la femme possédait avant le mariage. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, III, p. 27 et suiv.; Duranton, XV, 18; Odier, II, 692 et 693; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Communauté, n° 641; Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 3; Troplong, III, 1882; Douai, 2 avril 1846, Sir., 47, 2, 413. Cpr. Req. rej., 17 août 1825. Sir., 26, 1, 118; Req. rej., 3 août 1831, Sir., 32, 1, 219; Req. rej., 24 avril 1849. Sir., 49, 1, 309.

15 Duranton, XV, 19. Rodière et Pont, II, 1272. Grenoble, 19 juillet 1851, Sir., 52, 2, 199. Orléans, 29 mars 1855, Sir., 55, 2, 401. Voy. en sens contraire : Cour de l'Ile-Bourbon, 10 mai 1845, Sir., 52, 1, 497.

16 Cpr Req. rej., 28 novembre 1866, Sir., 67, 1, 110.

17 Cpr. sur ce genre de preuve : § 761, texte *in fine*.

18 Cpr. Orléans, 24 février 1860, Sir., 60, 2, 120.

19 Limoges, 3 août 1860, Sir., 61, 2, 241. Suivant MM. Rodière et Pont (II, 1268), les héritiers du mari seraient, à la différence de ce dernier, admis à prouver par témoins la consistance d'un mobilier à lui échu pendant le ma-

Les règles précédentes sont étrangères à l'hypothèse où l'un des époux serait débiteur d'une succession échue à l'autre pendant le mariage. Dans cette hypothèse, l'époux créancier est admis à faire preuve de l'existence de sa créance conformément au Droit commun, et comme aurait pu le faire son auteur. Mais aussi les moyens de preuve établis par le Droit commun sont-ils les seuls qui soient admissibles en pareille circonstance, même de la part de la femme qui se prétendrait créancière de son mari [20].

Le droit de jouissance en vertu duquel la communauté réduite aux acquêts profite de tous les fruits et revenus des biens propres des époux, est, en général, régi par les mêmes règles que celui qui appartient à la communauté légale. Ainsi, l'époux dont les biens propres ont été améliorés par suite d'impenses faites par la communauté, doit récompense à celle-ci, pour le montant de la mieux-value qui est résultée de ces impenses. Ainsi encore, l'époux sur les fonds duquel il existe, au jour de la dissolution de la communauté, des fruits pendants par branches ou par racines, doit récompense à la communauté des frais de semences et de culture [21].

riage. Cette opinion ne pourrait être admise qu'autant qu'il s'agirait d'héritiers à réserve, qui prétendraient que l'omission de l'inventaire n'a été qu'un moyen détourné pour excéder la portion disponible, et qui agiraient ainsi en vertu d'un droit qui leur est personnel. Voy. en ce sens : Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 3.

20 Req. rej., 29 novembre 1853, Sir., 54, 1, 641.

21 Cpr. § 507, texte n° 2, et note 38. — La communauté doit-elle, par réciprocité et à la différence de ce qui a lieu dans la communauté légale, récompense aux époux, pour le montant des frais de culture et de semences des fonds sur lesquels il existait des fruits au jour de la célébration du mariage? Nous le croyons : *Fructus non sunt, nisi deductis impensis.* L'art. 585, qui écarte ce principe quant à l'usufruit ordinaire, ne s'applique point à la jouissance de la communauté. Duranton (XV, 11), Troplong (III, 1869), et Zachariæ (§ 522, note 2), émettent un avis contraire, par le motif que les époux sont censés avoir voulu mettre en communauté la jouissance de leurs biens dans l'état où ils se trouvaient au jour de la célébration du mariage. Duranton ajoute cependant que, si les frais de semences et de labours étaient encore dus au jour du mariage, ils seraient à la charge de la communauté. Ce correctif nous semble prouver qu'il ne regarde pas comme bien solide l'espèce de présomption sur laquelle il fonde son opinion. Voy. dans le sens de notre manière de voir : Rodière et Pont, II, 31 ; Marcadé, sur les art. 1498 et 1499, n° 2. Cpr. Limoges, 31 août 1863, Sir., 64, 2, 204.

3° Toute clause qui, soit expressément, soit virtuellement, réduit la communauté aux acquêts, a pour conséquence d'exclure du passif les dettes, même purement mobilières, de l'un ou de l'autre des époux, au jour de la célébration du mariage (*dettes actuelles*), et toutes celles qui grèvent les successions ou donations qui leur échoient pendant le mariage [22] (*dettes futures*). Art. 1498, al. 1, et arg. de cet article.

[22] Zachariæ, § 522, texte et note 9. Cette proposition est controversée dans le cas où la communauté se trouve réduite aux acquêts par la clause de réalisation de tout le mobilier présent et futur. Cpr. note 1 *supra*. Notre opinion ne nous paraît pas susceptible de contestation sérieuse, quant aux dettes grevant les successions ou donations qui échoient à l'un des époux pendant le mariage : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*. Et, si la communauté n'est évidemment pas chargée des dettes de cette nature, on ne voit pas comment elle le serait des dettes des époux au jour de la célébration du mariage, lorsque cependant tous leurs biens leur restent propres. On objecte que la loi fait tomber dans la communauté les dettes mobilières des époux au jour du mariage ; qu'il faut, en conséquence, pour les en exclure, soit une convention formelle, soit une disposition expresse de la loi, qui attache cette exclusion à telle ou telle stipulation ; et l'on ajoute que, si l'art. 1498 exclut formellement les dettes dont s'agit du passif de la communauté, dans le cas où les époux ont expressément stipulé la réduction de la communauté aux acquêts, l'art. 1500 n'attache pas le même effet à la clause de réalisation du mobilier présent et futur. Mais la réponse à cette objection est fort simple : la loi ne met les dettes mobilières des époux à la charge de la communauté, que parce qu'elle fait entrer tout leur mobilier dans l'actif de cette dernière. Si donc, par suite d'une stipulation quelconque, les époux se sont réservé la propriété de leur mobilier, il n'existe plus de motif pour grever la communauté de leurs dettes : *Cessante ratione legis, cessat lex*. Cpr. Pothier, n° 352. La disposition du dernier alinéa de l'art. 1514 offre un argument péremptoire à l'appui de ce raisonnement ; car elle prouve que le législateur est toujours parti du principe, qu'en matière de communauté, les dettes mobilières sont une charge de l'actif mobilier. L'art. 1511 fournit également une puissante raison à l'appui de notre manière de voir. Il serait, en effet, contradictoire, que l'époux qui mettrait en communauté un apport déterminé, restât chargé de la totalité de ses dettes, tandis que les dettes de l'époux qui se réserverait la propriété de tout son mobilier, tomberaient dans la communauté. On objecte encore que, si la clause de réalisation avait dû, dans la pensée du législateur, produire absolument les mêmes effets que celle de la communauté réduite aux acquêts, il eût été parfaitement inutile de faire de ces deux conventions l'objet de dispositions distinctes. Cette objection se réfute tout aussi facilement que la première. Il suffit de lire les art. 1500 et 1503 pour reconnaître que, dans ces articles, les rédacteurs du Code ont eu en vue, bien moins l'hypo-

Mais les dettes contractées durant la communauté, soit par le mari, soit par la femme avec l'autorisation du mari, ou même avec la simple autorisation de justice dans les hypothèses prévues par l'art. 1427, tombent dans le passif de la communauté, sauf récompense quant à celles qui auraient été faites dans l'intérêt personnel de l'un des époux [23].

La règle d'après laquelle les dettes actuelles et futures (*hoc sensu*) des époux sont exclues du passif de la communauté réduite aux acquêts, reçoit son application, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, que leur mobilier présent, ou celui qui leur est échu durant le mariage, ait été constaté ou non par un inventaire ou état en bonne forme.

Pour ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers respectifs des époux sur les biens de la communauté, il faut distinguer entre les créanciers du mari et ceux de la femme.

Les créanciers du mari peuvent toujours, durant le mariage, poursuivre, sur les biens communs, comme sur les biens personnels de leur débiteur, le paiement de ce qui leur est dû [24].

thèse de la réalisation de tout le mobilier, que celle d'une réalisation partielle, et surtout la clause d'apport. Toullier, XIII, 299. Duranton. XV, 50. Odier, II, 741. Rodière et Pont, II, 1300. Taulier, V, p. 187. Marcadé, sur l'art. 1503, n° 3. Troplong, III, 1941. Voy. en sens contraire : Battur, II, 393 ; Zachariæ, § 522, note 1.

23 Les expressions *dettes futures*, qui se trouvent dans le premier alinéa de l'art. 1498, ne sont pas complétement exactes. Il nous paraît évident que le législateur a voulu désigner par ces expressions le passif correspondant à l'actif futur exclu de la communauté, c'est-à-dire les dettes dont se trouvent grevées les successions qui échoient ou les donations qui sont faites à l'un des époux durant le mariage. Ces expressions ne comprennent donc pas les dettes dont il est question dans la proposition énoncée au texte. Odier, II, 685 et 701. Rodière et Pont, II, 1260. Troplong, III, 1890 à 1892. Bordeaux, 12 décembre 1834, Dal., 35, 2, 61.

24 Le principe d'après lequel les biens communs sont censés, tant que dure la communauté, former, au regard des tiers, partie intégrante du patrimoine du mari, ne souffre aucune modification par l'effet de la réduction de la communauté aux acquêts. Mais, comme ce principe ne peut plus recevoir application après la dissolution de la communauté, on doit en conclure qu'à partir de cette époque, les créanciers personnels du mari ne sont plus admis à agir que sur la moitié des biens communs afférente à leur débiteur, à supposer que le mobilier de ce dernier ait été régulièrement constaté. Troplong, III, 2044 et 2045.

Les créanciers de la femme, au contraire, ne sont pas autorisés à se venger sur les biens communs, pourvu que le mobilier qu'elle a apporté ou qui lui est échu ait été constaté par un inventaire ou état authentique. Mais, en l'absence d'un pareil inventaire ou état, ils sont admis à exercer leurs poursuites sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier non inventorié du mari. Art. 1510, al. 2 et 3.

Il est bien entendu que si, par suite de l'application des règles qui viennent d'être établies quant au droit de poursuite des créanciers, une dette personnelle à l'un des époux avait été payée en valeurs de la communauté, ou en effets propres à son conjoint, il y aurait lieu, de la part de l'époux débiteur, soit à récompense envers la communauté, soit à indemnité envers l'autre époux.

Du reste, la communauté, quoique réduite aux acquêts, est tenue des arrérages ou intérêts, à partir du jour du mariage, des dettes même exclues de la communauté. Arg. art. 1409, n° 5, et 1512.

4° Les règles développées au § 509, sur l'administration de la communauté légale, s'appliquent également à la communauté réduite aux acquêts [25].

Ainsi, les créanciers de la communauté sont autorisés à se venger, tant sur les biens personnels du mari que sur ceux de la communauté.

Ainsi encore, les dettes contractées par la femme durant la communauté, avec l'autorisation du mari, ou même avec la simple autorisation de justice dans les hypothèses prévues par l'art. 1427, peuvent être poursuivies, non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur ceux du mari.

5° Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les époux conservent, en général, et sauf les exceptions qui seront ci-après indiquées, la propriété de tout le mobilier qu'ils apportent en mariage ou qui leur échoit dans la suite [26].

25 Duranton, XV, 22. Zachariæ, § 522, texte et note 10.

26 Pothier (n° 325), distinguant entre les propres réels et les meubles réalisés ou propres conventionnels, enseignait que la propriété de ces derniers est transférée à la communauté, et que le droit de l'époux du chef duquel ils proviennent, consiste uniquement en une créance ayant pour objet la reprise de leur valeur. Mais il est à remarquer que cet auteur n'a examiné la question qu'à un seul point de vue, c'est-à-dire relativement au pouvoir du mari de disposer des meubles

Il en résulte, que chacun d'eux profite de l'augmentation de va-

réalisés de la femme ; et il paraît qu'il n'a été amené à donner la solution qui vient d'être rappelée, que parce qu'il ne croyait pas qu'il fût possible de justifier autrement ce pouvoir. A notre avis, il y a là une supposition erronée, et une confusion de deux questions complétement distinctes ; nous pensons que, tout en admettant que chacun des ép ux conserve la propriété de ses propres conventionnels, on peut fort bien, sans aucune contradiction, reconnaître au mari, le droit d'aliéner les meubles réalisés de la femme. Cpr. texte et note 33 *infra*. Quoi qu'il en soit, plusieurs auteurs modernes, en s'appuyant de la doctrine de Pothier, décident, d'une manière absolue, que les meubles réalisés tombent pour la propriété dans la communauté, sauf seulement reprise de leur valeur. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Réalisation, § 1, n° 4 ; Delvincourt, III, part. I, p. 42, part. II, p. 78 ; Battur, II, 382 ; Bellot des Minières, III, p. 101 ; Paris, 21 janvier, 15 avril et 11 mai 1837, Sir., 37, 2, 305 à 307. Cette manière de voir nous paraît inconciliable avec les dispositions des al. 2 et 3 de l'art. 1510, qui statuent implicitement que, quand les meubles réalisés de la femme ont été constatés par un inventaire ou état authentique, ils se trouvent soustraits aux poursuites des créanciers de la communauté ; ce qui suppose nécessairement que, dans cette hypothèse, les meubles dont s'agit restent, même au regard des tiers, exblus de la communauté, et demeurent la propriété de la femme. En vain invoque-t-on, à l'appui de l'opinion contraire, la disposition de l'art. 1503, et la circonstance que cet article se trouve littéralement extrait de Pothier. L'art. 1503, en effet, ne concerne que la clause d'apport ; il est étranger à la clause de réalisation expresse, et bien plus encore à la clause de communauté réduite aux acquêts, dont Pothier ne s'est pas même occupé. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 377 à 379, et XIII, 326 ; Duranton, XIV, 318, et XV, 20 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 2896 ; Odier, I, 278, et II, 728 ; Taulier, V, p. 180 à 182 ; Rodière et Pont, II, 1276 ; Bugnet, sur Pothier (*loc. cit.*) ; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8, et sur les art. 1498 et 1499, n° 4 ; Gauthier, Sir., 56, 1, 865, à la note ; Paris, 25 février 1868, Sir., 68, 2, 176. Voy. aussi les arrêts cités aux notes 27 et 28 *infra*. Quant à M. Troplong, il résout diversément la question, suivant qu'il s'agit d'une clause, soit expresse, soit virtuelle, de réduction de la communauté aux aquêts, ou d'une simple clause de réalisation partielle ; il enseigne que, sous la première de ces clauses, le mobilier des époux reste exclu de la communauté (III, 1902), tandis que, sous la seconde, les meubles réalisés y tombent (III, 1936, 1937 et 1957). A l'appui de cette distinction, dont nous n'avons trouvé de trace nulle part, l'éminent magistrat prétend que, si, dans la clause de réalisation partielle, l'idée de communauté prédomine toujours, il n'en est plus de même dans la clause de réduction aux aquêts, qui a pour effet de créer un système matrimonial, dont le fonds est l'absence de communauté. Cette dernière proposition, contraire à toutes les idées reçues, est de plus en opposition formelle avec les art. 1497 et 1528 ; et dès lors la distinction proposée par M. Troplong n'a plus de base. A notre avis, la solution de la question qui nous occupe, doit être la même pour le cas de réalisation partielle et pour celui de la réduction aux acquêts.

leur que les objets mobiliers à lui appartenants peuvent recevoir, et demeure, d'un autre côté, chargé des risques de perte ou de dépréciation auxquels ils sont soumis [27].

Il en résulte encore, que la femme dont le mobilier a été frappé de saisie par les créanciers du mari ou ceux de la communauté, est autorisée à en exercer la revendication, conformément à l'art. 608 du Code de procédure [28], pourvu qu'elle puisse justifier de la propriété du mobilier revendiqué par un inventaire ou état authentique, suivant les distinctions indiquées en l'art. 1510 [29].

Le principe que chacun des époux conserve la propriété de son mobilier, souffre exception en ce qui concerne : les objets qui se consomment par le premier usage : ceux qui par leur nature sont destinés à être vendus ; et ceux qui ont été livrés au mari sur estimation, sans déclaration que cette estimation ne devait pas valoir vente [30]. La propriété de tous ces objets, et par suite les risques auxquels ils sont soumis, passent à la communauté [31]. L'époux

[27] Req. rej., 9 juin 1836, Sir., 36, 1, 649. Civ. rej., 16 juillet 1856, Sir., 56, 1, 865. Cpr. note 7 *supra*.

[28] Delvincourt, III, p. 177. Toullier, XIII, 326. Bellot des Minières, III, p. 40 à 42. Duranton, XV, 20. Zachariæ, § 522, texte et note 11. Bruxelles, 3 juillet 1809, Sir., 15, 2, 176. Paris, 23 février 1835, Sir., 35, 2, 68.

[29] Si un inventaire ou état en bonne forme suffit, quoique non authentique, pour établir, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, la consistance de leur mobilier respectif, il n'en est plus de même au regard de leurs créanciers. A ce point de vue, on doit se référer à l'art. 1510, qui détermine les conséquences de la séparation de dettes, tout aussi bien pour le cas où cette séparation résulte virtuellement d'une clause de communauté réduite aux acquêts, que pour l'hypothèse où elle a été formellement stipulée. Civ. rej., 19 juin 1855, Sir., 55, 1, 506. Angers, 26 mai 1869, Sir., 70, 2, 85. Cpr. Duranton, XV, 20 ; Odier, II, 703 ; Zachariæ, § 522, texte et note 7. Voy. cep. Paris, 23 février 1835, Sir., 35, 2, 68. — La clause par laquelle la femme se serait réservé la faculté d'établir par témoins la consistance de ses apports, resterait inefficace à l'égard des créanciers. Poitiers, 6 mai 1836, Sir., 36, 2, 472. Voy en sens contraire : Poitiers, 16 décembre 1868, Sir., 70, 2, 43.

[30] Arg. art. 1551. Duranton, XV, 21. Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.*; Zachariæ, § 522, note 11, *in fine*.

[31] Duranton, XIV, 318 ; XV, 21. Odier, II, 728. Rodière et Pont, II, 1275 à 1278. Cpr. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8. — Toullier (XIII, 326), qui professe, en général, la même doctrine, pense cependant que l'estimation donnée au mobilier de l'un des époux ne transfère point, par elle-même, à la communauté, a propriété de ce mobilier. Mais la disposition de l'art. 1551, relative au régime dotal, est applicable, *a fortiori*, à celui de la communauté. Voy. en ce sens : Paris, 11 mai 1837, Sir., 37, 2, 306.

auquel ils appartenaient, n'a qu'une créance contre la communauté, pour la valeur estimative, au jour de sa dissolution, de choses de même nature, lorsqu'il s'agit d'objets, d'ailleurs non estimés, qui se consomment par le premier usage, ou qui sont naturellement destinés à être vendus, et pour le montant de la valeur indiquée au contrat de mariage, lorsqu'il s'agit d'objets livrés sur estimation. Mais aussi, dans ce dernier cas, l'époux du chef duquel les objets estimés sont tombés dans la communauté, a-t-il droit de prélever la somme fixée au contrat de mariage, malgré la diminution de valeur que ces objets ont subie [32].

Du reste, le mari est, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, comme sous celui de la communauté légale, administrateur de toute la fortune propre de la femme. En cette qualité, inhérente à celle de chef de la communauté, il peut valablement aliéner, à titre onéreux, les meubles corporels de la femme, et toucher ses capitaux, ou les céder par voie de transport [33].

[32] Paris, 14 mai 1853, Sir., 54, 2, 729.

[33] La proposition énoncée au texte est admise par les auteurs qui, contrairement à l'opinion développée à la note 26 *supra*, décident que la propriété des meubles réalisés tombe dans la communauté, sauf seulement reprise de leur valeur. Mais les interprètes qui rejettent cette manière de voir, enseignent, en général, que du moment où l'on admet que la femme conserve la propriété de ses meubles réalisés, on doit forcément en conclure que le mari n'a pas le droit de les aliéner ou de les céder, même à titre onéreux, sans son consentement. Voy. Toullier, XIII, 326; Odier, I, 278, et II, 728; Cubain, *Droits des femmes*, n° 206; Marcadé, sur l'art. 1428, n° 2, et 1499, n° 4; Rodière et Pont, II, 1279; Zachariæ, § 522, texte et note 11. A notre avis, cette conclusion, qui repose sur une idée dont l'exactitude est loin d'être absolue, puisqu'il est des personnes qui, sans être propriétaires, ont cependant le droit d'aliéner, se résout au cas particulier en une véritable pétition de principe, car il s'agit précisément de savoir si le mari n'a pas, en sa double qualité de chef de la communauté et d'administrateur des biens personnels de la femme, le pouvoir d'aliéner les meubles réalisés de cette dernière. Or, l'affirmative nous paraît clairement ressortir du rapprochement des art. 1428 et 1528. En accordant au mari le droit d'exercer seul toutes les actions mobilières qui appartiennent à la femme, et en ne faisant porter que sur ses immeubles, l'interdiction de les aliéner sans son consentement, le premier de ces articles lui reconnaît implicitement le pouvoir d'aliéner ses meubles sans son concours. En vain dirait-on que le silence de l'art. 1428, en ce qui concerne les meubles de la femme, s'explique par la circonstance que, tombant dans la communauté, le législateur n'avait pas à s'en occuper. Qui ignore, en effet, qu'il peut exister, abstraction faite de toute clause

Toutefois, si la vente ou la cession constituait un acte de mauvaise administration, le mari devrait indemniser la femme du préjudice qu'elle aurait éprouvé. Cette dernière aurait même un recours à exercer contre les tiers acquéreurs, si la vente avait eu lieu d'une manière frauduleuse, c'est-à-dire sans aucun motif d'utilité, et uniquement dans des vues de dissipation, et que les tiers se fussent rendus complices de la fraude du mari, en se rendant acquéreurs malgré la connaissance qu'ils avaient du but dans lequel il vendait.

de réalisation, et sous le régime pur de la communauté légale, des meubles dont les époux conservent la propriété; et c'est bien dans cette supposition que les rédacteurs de l'article précité ont donné au mari le droit d'exercer seul toutes les actions mobilières de la femme, c'est-à-dire toutes les actions relatives aux meubles dont elle a conservé la propriété. Cela posé, l'art. 1528, d'après lequel la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé, conduit nécessairement à appliquer à la clause de réalisation, et même à la clause de communauté réduite aux acquêts, les dispositions ci-dessus analysées de l'art. 1428. Notre proposition se justifie d'ailleurs par de puissantes considérations. Lorsqu'il existe une société de biens entre les époux, c'est comme chef de cette société que le mari devient administrateur du patrimoine personnel de la femme, et l'on doit dès lors lui reconnaître, sur les biens de celle-ci, tous les pouvoirs nécessaires pour faire prospérer l'association. Refuser au mari la faculté d'aliéner les meubles corporels de sa femme, ce serait le placer, au détriment de la communauté, dans l'impossibilité de convertir en deniers productifs, des objets peut-être inutiles au ménage, ou sujets à dépérissement. Quant aux créances de la femme, le mari étant incontestablement en droit d'en poursuivre le recouvrement et de les toucher, non-seulement à leur échéance, mais encore par anticipation, non-seulement au moyen d'un paiement proprement dit, mais encore au moyen d'un paiement avec subrogation, et même d'en disposer par *datio in solutum* (Req. rej., 25 juillet 1843, Sir., 51, 1, 258; Colmar, 23 decembre 1863, Sir., 64, 2, 111), on ne voit pas pourquoi il ne serait pas également autorisé à les céder. Notre manière de voir est, au surplus, conforme à celle des anciens auteurs, qui ont toujours considéré le droit d'aliéner les meubles de la femme, comme inhérent à la qualité de chef de la communauté. Voy. Lebrun, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 3, n° 18; Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. IV, chap. II, sect. II, n°s 8 et 9; Pothier, n° 325. La jurisprudence n'a point encore eu à se prononcer sur la question en ce qui touche les meubles corporels; mais, en ce qui concerne les créances, elle incline, nous le reconnaissons, vers une solution contraire à celle que nous avons adoptée. Cpr. Paris, 15 février 1839, Sir., 40, 2, 212; Req. rej., 2 juillet 1840, Sir., 40, 1, 887; Paris, 3 janvier 1852, Sir., 52, 2, 133; Req. rej., 5 novembre 1860, Sir., 61, 1, 49; Req. rej., 4 août 1862, Sir., 62, 1, 935.

6° La communauté réduite aux acquêts se dissout par les mêmes causes que la communauté légale.

La femme jouit, comme sous le régime de la communauté légale, et sous les mêmes conditions, de l'option d'accepter ou de répudier la communauté [34].

En cas d'acceptation, l'actif de la communauté se partage par moitié entre les deux époux. On procède, pour la formation de la masse à partager, et pour le partage lui-même, d'après le mode indiqué au § 519.

Les règles développées au § 520 sur la manière dont les époux sont, après le partage, tenus des dettes de la communauté, soit envers les créanciers, soit l'un à l'égard de l'autre, s'appliquent également au passif de la communauté réduite aux acquêts, sous cette modification cependant, que la femme ne peut être poursuivie, même sur son émolument, pour la moitié des dettes personnelles du mari, lorsque le mobilier de celui-ci a été dûment constaté [35].

En cas de renonciation, la femme reprend en nature, non-seulement ses immeubles, mais encore tout le mobilier qui lui est resté propre. Si le mari ne peut représenter tout ou partie du mobilier de la femme, il est tenu d'en payer la valeur estimative, à moins qu'il ne prouve que ce mobilier a péri par cas fortuit ou par suite de l'usage auquel il était destiné. Arg. art. 1566. Quant aux objets mobiliers dont la communauté était devenue propriétaire, en sa qualité d'usufruitière, on par suite d'une estimation, la femme est créancière envers le mari, soit d'une pareille quantité d'objets de même qualité, ou de leur valeur lors de la dissolution de la communauté, soit de l'estimation sur laquelle ils ont été livrés.

Les effets de la renonciation se déterminent, au surplus, d'après les règles développées au § 521.

7° Les époux peuvent, en stipulant une communauté réduite aux acquêts, la modifier par toute sorte de conventions, d'ailleurs licites. Ils sont autorisés à faire entrer dans l'actif de la communauté quelques-uns de leurs immeubles ou de leurs meubles. Ils peuvent également convenir que l'actif de la communauté se par-

[34] Cpr. § 517. Zachariæ, § 522, texte et note 12. Limoges, 19 juin 1835, Sir., 35, 2, 465.

[35] Cpr. texte n° 3, et note 24 *supra*.

tagera entre eux par parts inégales, ou même qu'il appartiendra en totalité au survivant [36]. Enfin, il leur est même permis de stipuler que la communauté sera réduite, soit aux acquêts mobiliers, soit aux acquêts immobiliers [37].

La clause par laquelle la communauté se trouve réduite aux acquêts immobiliers, présente cela de particulier que tous les acquêts mobiliers appartenant au mari, il ne doit jamais récompense pour les sommes qu'il a appliquées à l'amélioration de ses propres ou à l'acquittement de ses dettes, et que, tout au contraire, la femme doit indemnité au mari pour l'intégralité des deniers employés dans son intérêt personnel. La circonstance que le mari n'est soumis à aucune récompense à raison des valeurs mobilières dont il a disposé dans son intérêt personnel, ne forme point obstacle à l'applicatien, en sa faveur, du premier alinéa de l'art. 1408, pour le cas où il se serait rendu acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble dont il se trouvait copropriétaire par indivis [38].

Sous l'empire de la clause qui réduit la communauté, soit aux acquêts mobiliers, soit aux acquêts immobiliers, les dettes de la communauté doivent, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, être exclusivement supportées par les acquêts qui y tombent, sans que les acquêts qui restent propres au mari, aient à y contribuer proportionnellement [39].

36 *Rapport au Tribunat*, par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 373, n° 45). Duranton, XV, 22. Battur, II, 362. Zachariæ, § 522, texte et notes 16 et 17.

37 Cette clause donne à la vérité au mari, la facilité de s'avantager au détriment de la communauté, restreinte à une certaine nature d'acquêts, puisqu'il dépend de lui de faire porter ses acquisitions sur des objets qui doivent lui rester propres, plutôt que sur des objets qui tomberaient dans la communauté. Mais quelque désavantageuse que cette clause soit pour la femme, elle l'est moins encore que celle d'exclusion de communauté ; et, comme elle ne blesse aucune des règles auxquelles les art. 1387 à 1389 défendent de déroger, ni aucun des principes essentiels qui régissent les rapports personnels des époux, rien ne s'oppose à sa validité. Marcadé, sur l'art. 1520. Troplong, III, 1905. Cpr. aussi dans ce sens, les arrêts cités aux deux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, III, p. 24 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Communauté, n° 447 ; Zachariæ, § 522, note 19. — MM. Rodière et Pont (II, 1232) qui, dans leur première édition, s'étaient également prononcés contre la validité de la clause dont s'agit, ont abandonné cette opinion.

38 Req. rej., 30 janvier 1850, Sir., 50, 1, 279.

39 Décider le contraire, ce serait restreindre, au détriment du mari, les conséquences naturelles de la clause dont s'agit. Rodière et Pont, II, 1262. Bruxelles,

§ 523.

b. *De la réalisation de tout ou partie du mobilier des époux.*

La réalisation est l'exclusion conventionnelle, de l'actif de la communauté, de tout ou partie du mobilier des époux. Les meubles réalisés sont appelés propres conventionnels, par opposition aux propres réels, c'est-à-dire aux immeubles, qui sont en vertu de la loi même exclus de la communauté.

La réalisation peut avoir lieu expressément ou tacitement.

Elle a lieu expressément, lorsque les futurs époux déclarent formellement exclure de la communauté, ou se réserver propre, tout ou partie de leur mobilier. Cette convention est plus spécialement appelée *clause de réalisation* ou *de stipulation de propres*.

La réalisation tacite peut, avec des effets plus ou moins complets, résulter de conventions diverses, notamment de la clause d'emploi, et de celle d'apport.

Les tribunaux sont investis d'un pouvoir souverain, pour décider, par interprétation de l'ensemble des clauses du contrat de mariage, si telles valeurs mobilières, apportées par l'un des époux ou à lui échues pendant le mariage, sont à considérer comme exclues de la communauté [1].

1° *De la clause de réalisation proprement dite.*

Cette clause peut avoir pour objet, soit l'universalité du mobilier présent et futur des époux, ou une partie aliquote de cette universalité, soit tout ou partie du mobilier présent [2], ou du mo-

5 novembre 1823, Sir., 50, 2, 193. Caen, 21 janvier 1850, Sir., 50, 2, 197. Rouen, 29 juin et 22 juillet 1850, et 15 mars 1851, Sir., 51, 2, 385 à 391. Civ. rej., 3 août 1852, Sir., 52, 1, 833. Caen, 12 novembre 1853, Sir., 54, 2, 399. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1908 ; Caen, 31 mai 1828, Sir., 50, 2, 197.

[1] Req. rej., 6 décembre 1842, Sir., 43, 1, 347. Req. rej., 9 décembre 1856, Sir., 57, 1, 367. Cpr. Bordeaux, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 609.

[2] Pour savoir ce que comprend le mobilier présent, il faut appliquer, *mutatis mutandis*, les principes développés au § 507, sur les immeubles que les époux sont censés avoir possédés au jour du mariage. Ainsi, par exemple, le mobilier

bilier futur seulement[3], soit enfin certains meubles, corporels ou incorporels, spécialement déterminés.

Il n'est pas nécessaire que la réalisation ait lieu dans la même proportion pour les deux époux. L'un des conjoints peut même se réserver tout son mobilier, quoique l'autre ne réalise aucune portion du sien[4].

Toute clause de réalisation doit, comme tendant à modifier le régime de la communauté légale, être interprétée restrictivement, en ce qui concerne les objets auxquels elle s'applique. Ainsi, la clause par laquelle l'un des époux déclare exclure de la communauté son mobilier futur, ne s'étend point au mobilier présent. Il y a plus, la clause par laquelle l'un des époux déclare se réserver propre son mobilier, ou même tout son mobilier, ne doit, en général, s'entendre que du mobilier présent. Enfin, la stipulation qui exclurait de la communauté tout ce qui écherra aux époux par succession, ne s'étendrait pas à ce qui leur adviendrait par donation ou legs, et réciproquement[5].

Du reste, la stipulation par laquelle les époux se réserveraient tout ou partie de leurs biens, opérerait la réalisation du mobilier dans la proportion indiquée par les parties. Celle qui porterait que les époux seront communs en biens meubles et immeubles qu'ils acquerront, opérerait la réalisation de leur mobilier présent[6].

présent comprend les créances conditionnelles appartenant aux époux au jour du mariage, quoique les conditions auxquelles elles étaient soumises ne se soient réalisées que plus tard. Pothier, n° 320. Rodière et Pont, II, 1297. Cpr. Zachariæ, § 523, note 2. — Les fruits civils échus et les fruits naturels perçus au jour du mariage, font également partie du mobilier présent des époux. Duranton, XV, 27. Cpr. Zachariæ, § 523, note 8.

[3] Les expressions *mobilier futur* comprennent, en général, tout ce qui advient aux époux, pendant le mariage, à un titre lucratif quelconque, et notamment les dons de fortune. Cpr. Zachariæ, *loc. cit.*, et note 6 *in fine*.

[4] Toullier, XIII, 298. Duranton, XV, 26. Rodière et Pont, II, 1296. Troplong, III, 1931 à 1933.

[5] Pothier, n°s 319 et suiv. Toullier. XIII, 319 et suiv. Duranton, XV, 38 et suiv. Cpr. Zachariæ, texte et note 6.

[6] Duranton, XV, 38. Bugnet, sur Pothier, n° 317. Rodière et Pont, II, 1306. Marcadé, sur l'art. 1500, n° 4. — Pothier (*loc. cit.*) enseigne, au contraire, que cette clause ne renferme aucune réalisation. Mais les règles de l'interprétation grammaticale résistent évidemment à l'explication qu'il donne. Voy. cep. dans le sens de Pothier : Troplong, III, 1846.

La clause de réalisation équivaut à une stipulation expresse de communauté réduite aux acquêts, lorsqu'elle porte sur l'universalité du mobilier présent et futur. Elle est donc, dans ce cas, entièrement régie par les principes développés au § 522.

Ces principes s'appliquent également, en ce qui concerne la partie du mobilier qui se trouve réalisée, aux clauses par lesquelles les époux ont déclaré exclure, soit leur mobilier présent ou leur mobilier futur seulement, soit une quote-part de leur mobilier. Il en résulte, par exemple, que les clauses de cette nature ont pour effet d'exclure, du passif de la communauté, les dettes des époux, dans la proportion du mobilier réalisé au profit de chacun d'eux [7]. Toutefois, lorsque les époux n'ont exclu de la communauté qu'une quote-part de leur mobilier, par exemple la moitié ou le tiers, leurs créanciers personnels peuvent poursuivre le paiement intégral de leurs créances sur les biens de la communauté, sauf récompense de la part de l'époux débiteur [8].

La clause de réalisation qui ne porte que sur un ou plusieurs objets, corporels ou incorporels, spécialement désignés, a pour effet, soit de conserver à l'époux au profit duquel la réalisation a eu lieu, la propriété de ces objets, soit de le rendre créancier de la communauté, pour le montant de leur valeur, s'il s'agit d'objets qui se consomment par le premier usage, ou qui sont destinés à être vendus, et pour celui de leur estimation, s'il s'agit d'objets qui aient été livrés sur estimation. Les époux restent, au surplus, sous l'empire des règles relatives à la communauté légale. Ainsi, par exemple, leurs dettes mobilières au jour de la célébration du mariage, et celles qui grèvent les successions ou donations qui leur échoient, tombent dans la communauté, quelle que soit d'ailleurs la valeur des objets mobiliers spécialement réalisés.

7 Toullier, XIII, 325. Bellot des Minières, III, p. 159 et 160. Duranton, XV, 50. Odier, II, 741. Rodière et Pont, II, 1304. Cpr. cep. Troplong, III, 1944 ; Zachariæ, § 523, texte et note 10.

8 Comme le mobilier réalisé consiste en pareil cas, non dans des objets individuellement déterminés, mais dans une portion indivise du mobilier de l'un des époux, dont l'autre portion est tombée dans la communauté, et qu'il se trouve, par conséquent, entièrement confondu avec les biens de celle-ci, on est conduit, par la force des choses, à reconnaître aux créanciers personnels de cet époux, le droit de poursuivre le paiement de leurs créances sur les biens de la communauté. Odier, et Rodière et Pont, *locc. citt.*

2° De la clause d'emploi.

La clause d'emploi est celle par laquelle l'un des futurs époux stipule qu'une certaine somme, par lui apportée ou à prendre sur son mobilier, sera employée à son profit en acquisition d'immeubles [9].

Cette clause emporte réalisation tacite de la somme qui en forme l'objet, même pour le cas où il n'en aurait pas été fait emploi [10]. Les effets en varient, d'ailleurs, suivant que l'emploi a été effectué, ou qu'il ne l'a pas été. Au premier cas, les immeubles acquis à titre d'emploi deviennent propres à l'époux au profit duquel ils ont été acquis. Au second cas, l'époux qui avait stipulé l'emploi, est autorisé à prélever, lors de la dissolution de la communauté, la somme réalisée à son profit.

L'emploi ne peut être considéré comme effectué, qu'autant que l'acquisition a eu lieu suivant les règles posées par les art. 1434 et 1435 [11].

Du reste, la clause d'emploi, portant sur une créance de la femme, n'a pas, en général, et à moins d'une intention contraire ressortant clairement du contrat de mariage, d'effet à l'égard du tiers débiteur de cette créance, qui se libère valablement, entre les mains du mari, indépendamment de tout emploi, et qui, par suite, ne peut pas exiger qu'il lui soit justifié d'un emploi au moment du paiement [12].

9 Bien que le Code ne s'occupe pas spécialement de cette clause, il n'est pas douteux qu'elle ne soit licite, et qu'elle ne doive produire tous les effets que les parties ont entendu y attacher. Art. 1500, al. 1, et 1528. Nîmes, 19 décembre 1830, Sir., 31, 2, 196. Voy. aussi les autorités citées aux notes suivantes.

10 Pothier, n°s 316 et 327. Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. XV, chap. III, sect. I, n° 1. Merlin, *Rép.*, v° Réalisation, § 1, n° 5. Toullier, XIII, 318. Duranton, XV, 36. Rodière et Pont, II, 1294. Odier, II, 744. Marcadé, sur l'art. 1500, n° 2. Troplong, III, 1948. Zachariæ, § 523, note 3. Nîmes, 19 décembre 1830, Sir., 31, 2, 196. Voy. cep. en sens contraire, pour le cas où, l'emploi ayant été stipulé dans l'intérêt du mari, ce dernier aurait négligé de l'effectuer : Lebrun, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 3, n° 9 ; Battur, II, 393.

11 Duranton, *loc. cit.* Troplong, III, 1950. Req. rej., 26 mai 1835, Sir., 35, 1, 833.

12 Cpr. sur cette proposition : § 510, texte n° 3, notes 12 et 13 ; Troplong, III, 1952.

3° *De la clause d'apport.*

La convention d'apport peut s'établir de deux manières différentes : ou bien les époux conviennent d'apporter à la communauté, tels objets mobiliers, corporels ou incorporels, spécialement désignés [13] ; ou bien, ils conviennent, soit d'apporter à la communauté une certaine somme, soit de mettre leur mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée [14]. Nous nous occuperons séparément de l'une et de l'autre de ces conventions.

a. Lorsque les époux déclarent apporter à la communauté, certains objets mobiliers spécialement désignés, ils sont censés exclure de la communauté, d'une manière complète et quant à la propriété même, tout leur mobilier présent [15], à l'exception seulement de ces objets.

Cette clause est, en général, régie par les mêmes principes que la clause expresse de réalisation du mobilier présent ; et elle entraîne, par conséquent, séparation des dettes antérieures au mariage [16]. Mais elle a cela de particulier, d'après sa nature même,

13 Cette convention, dont le Code ne parle que transitoirement dans l'art. 1511, participe de la clause de réalisation expresse, et de la clause d'apport dont s'occupe le second alinéa de l'art. 1500 et les art. 1501 à 1504.

14 Ces deux formules, quoique différentes dans les termes, sont au fond parfaitement identiques. Ce qui le prouve, c'est que les art. 1501 à 1504 appliquent précisément à la dernière, qui se trouve indiquée au second alinéa de l'art. 1500, les mêmes règles que Pothier pose pour la première. Aussi les auteurs ne font-ils aucune distinction entre ces deux formules. Voy. cep. Odier, II, 759.

15 Et non leur mobilier futur. Si, comme on le reconnaît généralement, la clause par laquelle les époux déclarent exclure leur mobilier de la communauté, n'emporte réalisation que du mobilier présent, la simple clause d'apport de certains objets mobiliers, spécialement désignés, ne doit, par la même raison, emporter réalisation tacite que du surplus du mobilier présent.

16 *Nec obstat* art. 1511. En disant que l'époux qui a déclaré apporter à la communauté un corps certain, doit faire raison à l'autre de toutes les dettes qui diminueraient son apport, cet article semble réduire, quant aux dettes, l'effet d'une pareille clause à un simple décompte à faire entre les époux. Mais l'espèce d'argument *a contrario* qu'on voudrait en tirer, pour soutenir qu'une telle clause n'entraîne pas une véritable séparation de dettes, susceptible d'être opposée aux créanciers, ne serait rien moins que concluant. Tout le mobilier présent restant exclu de la communauté, à l'exception seulement des objets particuliers que les

qu'elle rend l'époux débiteur, envers la communauté, des objets qu'il a promis d'y apporter, qu'elle l'oblige à justifier de cet apport, et qu'elle le soumet à garantie en cas d'éviction. Arg. art. 1845.

b. A la différence de la clause de réalisation expresse, la convention par laquelle les futurs époux déclarent apporter à la communauté une certaine somme, ou mettre leur mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée, n'empêche pas que tout leur mobilier, tant présent que futur, ne tombe pour la propriété dans la communauté; et, d'un autre côté, elle n'emporte pas une véritable séparation de dettes, susceptible d'être opposée aux créanciers, ou même par l'un des époux à l'autre [17]. Cette clause a pour unique effet de réserver, au profit des époux, l'excédant de la valeur de leur mobilier, soit présent seulement, soit présent et futur, sur la somme à laquelle ils ont fixé leurs apports [18]. Art. 1500, al. 2, cbn. 1503.

La question de savoir si la reprise que les époux peuvent avoir à exercer, portera sur la valeur de leur mobilier, tant futur que présent, ou seulement sur celle de leur mobilier présent, est une question d'intention qui doit être décidée d'après l'ensemble des clauses du contrat de mariage [19]. Cependant, lorsque les parties ont simplement déclaré apporter une certaine somme, ou mettre leur mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée, on devrait, en général, admettre, en l'absence

époux ont déclaré y apporter, leurs dettes antérieures au mariage doivent de même en demeurer exclues. Ce qui explique d'ailleurs la rédaction, exacte en elle-même, et seulement incomplète, de l'art. 1511, c'est qu'il statue, tant sur l'apport d'une somme déterminée, que sur celui d'un corps certain, et que dans la première hypothèse, il n'y a réellement pas séparation de dettes.

17 Zachariæ, § 523, texte, notes 18 et 19. M. Troplong (III, 2048 et 2050) semble croire que la clause dont il s'agit emporte, entre les époux, une véritable séparation de leurs dettes antérieures au mariage, et arrive ainsi à dire que, lorsque la communauté a payé une pareille dette, elle jouit d'une action en indemnité contre l'époux débiteur. Mais il confond en cela la séparation de dettes proprement dite avec la simple déduction des dettes des époux sur la valeur du mobilier affecté à leurs apports. Cpr. texte et note 30 *infra*.

18 Cpr. Zachariæ, § 523, texte et note 17; Req. rej., 26 février 1852, Sir., 52, 1, 352; Req. rej., 5 novembre 1860, Sir., 61, 1, 49; Req. rej., 21 novembre 1859, Sir., 59, 1, 765.

19 Cpr. Req. rej., 25 juillet 1852, Sir., 52, 1, 812.

de toute indication contraire, qu'elles n'ont entendu se réserver que l'excédant de la valeur de leur mobilier présent [20]; et, dans ce cas, le mobilier futur tomberait, d'une manière absolue, dans la communauté, suivant les règles du Droit commun.

La communauté est à considérer comme cessionnaire, par suite d'une espèce de dation en paiement, du mobilier affecté à l'apport. Il en résulte, que les créanciers de la communauté sont autorisés à poursuivre, sur ce mobilier, le paiement de leurs créances. Il en résulte, d'un autre côté, que la communauté est chargée de tous les risques de perte ou de dépréciation auquel ce mobilier est soumis, et, réciproquement, qu'elle profite de l'augmentation de valeur qu'il peut recevoir. Il en résulte enfin, que les époux ne peuvent, à la dissolution de la communauté, ni exiger la restitution en nature de ce mobilier, ni être contraints à accepter une pareille restitution [21].

La clause d'apport peut être stipulée par l'un des futurs époux seulement. Lorsqu'elle l'est par les deux, il n'est pas nécessaire que leurs apports soient fixés à la même somme [22].

20 Voy. en sens opposé : Toullier, XIII, 311 et 312; Duranton, XV, 35; Odier, II, 752; Rodière et Pont, II, 1335; Marcadé, sur l'art. 1503, n° 2. Ces auteurs enseignent que les clauses prévues au texte emportent réserve, tant du mobilier futur, que du mobilier présent. Leur opinion s'appuie sur les dispositions combinées de l'art. 1503 et du second alinéa de l'art. 1500. Mais, en examinant attentivement la rédaction de ce dernier article, il est facile de se convaincre que son second alinéa a exclusivement en vue l'hypothèse où les époux ont déclaré mettre *de leur mobilier présent et futur* dans la communauté, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. C'est ce qu'indique clairement la particule relative *en*, qui se refère à ce qui précède, et qu'on ne pourrait restreindre au mobilier présent sans violer les règles de la grammaire. Or, comme l'art. 1503 statue évidemment sur l'hypothèse que prévoit l'art. 1500, sa disposition est étrangère aux clauses dont nous nous occupons. Au fond, la proposition émise au texte se justifie par cette considération que les clauses de réalisation sont de droit étroit, comme toutes celles qui dérogent à la communauté légale. Voy. en ce sens : Pothier, n° 295 ; Delvincourt, III, p. 79 ; Battur, II, 388 ; Troplong, III, 1963.

21 C'est ce qu'indique clairement l'art. 1503, d'après lequel chaque époux a le droit de prélever, lors de la dissolution de la communauté, *la valeur* de ce dont son mobilier excédait sa mise en communauté. Rodière et Pont, II, 1326.

22 Toullier, XIII, 298. Duranton, XV, 26. Rodière et Pont, II, 1315. Troplong, III, 1931 à 1933.

La promesse d'un apport rend l'époux qui l'a faite, débiteur, envers la communauté, du montant de la somme à laquelle il a fixé son apport, et l'oblige, par conséquent, à justifier que la valeur du mobilier qui, d'après ce qui a été dit ci-dessus, est à considérer comme affecté au paiement de l'apport, se trouve être supérieure ou au moins égale à cette somme. A défaut de cette justification, il est tenu de parfaire la somme qu'il a promise. La femme ne peut s'affranchir de cette obligation en renonçant à la communauté. Art. 1501.

La preuve de la consistance du mobilier du mari au jour de la célébration du mariage, et de son apport réel à la communauté, résulte suffisamment de la déclaration portée au contrat de mariage que ce mobilier est de telle valeur. Art. 1502, al. 1er. Si cependant la femme ou ceux qui l'ont dotée s'étaient réservé la faculté d'exiger ultérieurement la justification de l'apport du mari, cette réserve devrait recevoir son effet [23].

A la différence de l'apport du mari, celui de la femme n'est pas suffisamment justifié par la simple déclaration, contenue au contrat de mariage, que son mobilier est de telle valeur [24]. Il faut que, soit par une quittance séparée, soit au moins par une déclaration insérée au contrat de mariage, le mari ait reconnu avoir reçu du mobilier jusqu'à concurrence de cette valeur [25]. Art. 1502, al. 2.

Si la consistance du mobilier que chacun des époux possédait en se mariant, n'a pas été déclarée au contrat de mariage, elle n'en est pas moins susceptible d'être établie par les divers moyens

23 Duranton, XV, 44. Rodière et Pont, II, 1323.

24 Cette différence tient à ce que le mari, chef de la communauté, ne pourrait se donner quittance à lui-même pour la réception de son mobilier. Pothier, n° 297.

25 La simple déclaration, contenue au contrat de mariage, que le mari demeurera chargé du mobilier de la femme, n'équivaudrait même pas, en général, à une quittance de la réception de ce mobilier. Il en serait autrement d'une déclaration portant que le mari demeure dès à présent chargé du mobilier de la femme, ou qu'il en demeurera chargé par le fait de la célébration du mariage. Duranton, XV, 46. Rodière et Pont, II, 1320 et 1321. Troplong, III, 1967. Req. rej., 19 janvier 1836, Sir., 36, 1, 198. Caen, 3 mai 1845, Sir., 45, 2, 536. Dijon, 7 mai 1862, Sir., 63, 2, 34. — Cette clause serait efficace même au cas de faillite du mari. Colmar, 28 décembre 1853, Sir., 56, 2, 397. Req. rej., 1860, Sir., 60, 1, 433.

de preuve à l'aide desquels les époux sont admis, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, à justifier, l'un à l'égard de l'autre, de la consistance de leur mobilier [26].

Quant au mobilier qui échoit aux époux durant la communauté, il doit être constaté par un inventaire, auquel le mari est tenu de faire procéder. Le défaut d'accomplissement de cette formalité entraînerait contre lui les mêmes conséquences, que si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts [27]. Art. 1504.

Du reste, les dispositions de l'art. 1569, relatives à la restitution de la dot de la femme mariée sous le régime dotal, ne sauraient être étendues à l'apport de la femme mariée sous le régime de la communauté [28].

On doit imputer, sur la somme à laquelle les époux ont fixé leur apport, le montant de tout ce qui fait partie de la dot mobilière, et notamment la valeur de la nourriture que les parents de l'un des conjoints ont, en vertu d'une clause du contrat de mariage, fournie à ces derniers, ainsi que celle des fruits d'un héritage dont les parents de l'un des conjoints lui ont abandonné la jouissance pour un certain nombre d'années [29].

Le mobilier des époux au jour de la célébration du mariage ne s'impute sur la somme qu'ils ont promise pour leur apport, que déduction faite du montant de leurs dettes mobilières antérieures au mariage, qui auraient été payées par la communauté [30].

[26] Cpr. § 522, texte n° 2, et notes 12 à 15.

[27] Cpr. § 522, texte n° 2, et notes 16 à 18.

[28] Duranton, XV, 47. Rodière et Pont, II, 1322. — Par suite d'une fausse interprétation de la novelle 100, la plupart des praticiens admettaient autrefois que la dot devait être présumée payée, lorsque le mariage avait duré plus de dix ans. Le parlement de Paris avait même étendu cette présomption à l'apport de la femme mariée sous tout autre régime que le régime dotal. Mais sa jurisprudence n'était pas suivie dans les autres parlements. Lebrun, liv. III, chap. II sect. I, dist. 3, n°s 42 à 45. Voy. au surplus sur le sens de l'art. 1569 : § 540.

[29] Pothier, n°s 291 et 292. Battur, II, 387. Odier, II, 751. Rodière et Pont, II, 1329. Troplong, III, 1960 et 1961.

[30] Art. 1501 et 1511. S'il en était autrement, les apports des époux ne seraient pas réels ou effectifs. Toullier, XIII, 524. Bellot des Minières, III, p. 77. Duranton, XV, 43. Odier, II, 749 et 755. Rodière et Pont, II, 1337. Marcadé, sur les art. 1501 à 1503, n° 3. Troplong, III, 2048. Zachariæ, § 523, texte et note 18.

On déduit également, dans la même supposition, les dettes dont se trouvaient grevées les successions ou donations mobilières échues ou faites aux époux, lorsque, d'après les stipulations du contrat de mariage, les apports doivent se prendre, tant sur le mobilier futur, que sur le mobilier présent.

Le mobilier des époux doit être estimé eu égard à sa valeur au moment où il est entré dans la communauté [31]. Les époux sont, en général, liés par l'estimation qu'ils ont eux-mêmes faite du mobilier qu'ils possédaient au jour de la célébration du mariage. Mais la femme serait facilement admise à revenir contre l'estimation donnée au mobilier échu, pendant le mariage, soit à elle-même, soit à son mari.

Quant à l'imputation, en particulier, des créances proprement dites, il faut distinguer entre celles du mari et celles de la femme. La mari est autorisé à imputer, sur son apport, le montant des créances qu'il justifie, soit par des contre-quittances, soit par un journal non suspect, soit par quelque autre moyen de preuve, avoir été payées durant la communauté. Il n'est pas admis à imputer, contre le gré de la femme ou de ses héritiers, celles de ses créances qui n'ont pas été acquittées, sauf à lui à reprendre les titres qui les constatent. La femme, au contraire, est autorisée à imputer, sur son apport, le montant de ses créances non payées, à moins que le mari ne prouve que, malgré les diligences faites à temps contre les débiteurs, il n'a pu en obtenir le paiement, ou que toute poursuite serait demeurée sans résultat, auquel cas la femme est seulement admise à reprendre ses titres de créance [32].

En cas d'acceptation de la communauté par la femme, chacun des époux prélève, suivant la distinction ci-dessus établie [33], l'ex-

[31] La raison en est que la communauté est, en pareil cas, censée recevoir le mobilier des époux en paiement de leurs apports. Pothier, n° 289. Toullier, XIII, 310. Odier, II, 750. Rodière et Pont, II, 1336. Troplong, III, 1958.

[32] En matière de créances, l'apport ne peut être considéré comme effectif, qu'autant que les débiteurs se trouvaient solvables, non-seulement au moment de la célébration du mariage, mais encore à l'époque où les créances sont devenues exigibles. C'est sur cette idée que reposent les différentes propositions énoncées au texte. Pothier, n° 290. Toullier, XIII, 310. Rodière et Pont, II, 1333 et 1334. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1959.

[33] Cpr. texte n° 3, notes 19 et 20 *supra*.

cédant de valeur, soit de tout son mobilier présent et futur, soit de son mobilier présent seulement, sur la somme qu'il a promise pour son apport. Art. 1503. Ces prélèvements s'opèrent conformément aux art. 1471 et 1472. La femme est donc, à cet égard, préférée au mari ; et elle peut, en cas d'insuffisance des biens communs, exercer ses droits même sur les biens propres du mari [34].

Abstraction faite de ces prélèvements et de l'obligation des époux de compléter, le cas échéant, sur leurs biens propres, la somme à laquelle ils ont fixé leurs apports, l'actif et le passif de la communauté se partagent d'après les règles développées aux §§ 519 et 520.

En cas de renonciation à la communauté, la femme conserve le droit de réclamer, contre le mari, l'excédant de la valeur de son mobilier, sur la somme qu'elle a promise pour son apport.

§ 524.

c. *De l'ameublissement de tout ou partie des immeubles des époux.*

L'ameublissement est la mise en communauté, d'une manière plus ou moins absolue, de tout ou partie des immeubles des époux. Art. 1505.

L'ameublissement est général, lorsqu'il a pour objet, soit la totalité des immeubles présents et futurs des époux, soit leurs immeubles présents, ou leurs immeubles futurs, seulement, ou enfin une quote-part, soit de tous leurs immeubles indistinctement, soit de leurs immeubles présents ou de leurs immeubles futurs.

L'ameublissement est particulier, lorsqu'il n'a pour objet que des immeubles spécialement indiqués, ou une quote-part de certains immeubles ainsi désignés [1].

34 Cpr. § 511, texte n° 4. Douai, 29 janvier 1857, Sir., 57, 2, 401.

1 Une désignation peut être spéciale, sans être nominative ou individuelle. Ainsi, l'ameublissement de tous les immeubles que l'un des époux possède dans telle commune, ou dans tel département, n'est qu'un ameublissement particulier, quoique ces immeubles soient désignés d'une manière collective. Duranton, XV, 62. Rodière et Pont, III, 1389. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 2.

L'ameublissement, soit général, soit particulier, est déterminé, lorsque les immeubles ameublis sont mis dans la communauté d'une manière absolue, c'est-à-dire quant à la propriété même, et sans restriction à une certaine somme. Art. 1506, al. 2[2].

[2] La définition que le deuxième alinéa de l'art. 1506 donne de l'ameublissement déterminé, est à la fois incomplète et fautive. Elle est incomplète, en ce qu'elle ne comprend pas l'ameublissement général, qui peut, tout aussi bien que l'ameublissement particulier, avoir lieu d'une manière absolue. Elle est fautive, en ce qu'elle considère comme déterminé, l'ameublissement jusqu'à concurrence d'une certaine somme d'un immeuble spécialement désigné, bien qu'une pareille convention ne constitue au fond, et eu égard à ses effets, qu'un ameublissement indéterminé. En rejetant la définition dont s'agit, nous ne croyons pas encourir le reproche de refaire la loi, reproche que nous ne mériterions réellement, qu'autant que notre classification nous mettrait en opposition avec les dispositions légales qui déterminent les conséquences des diverses espèces d'ameublissement. Or, nous allons démontrer qu'il n'en est pas ainsi : Au point de vue de l'application pratique de la loi, la controverse se réduit à la question de savoir si l'ameublissement, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, d'un immeuble spécialement désigné, a pour effet de rendre la communauté copropriétaire de cet immeuble, pour une partie aliquote qui se déterminerait par le rapport existant entre sa valeur estimative et le montant de l'ameublissement. Contrairement à l'opinion généralement admise, MM. Rodière et Pont (III, 1392) et M. Troplong (III, 1990 et 2000) enseignent l'affirmative, en se fondant sur les termes généraux du premier alinéa de l'art. 1507. Mais ils se mettent eux-mêmes en contradiction avec leur principe dans les solutions qu'ils donnent à diverses questions de détail. C'est ainsi que MM. Rodière et Pont (III, 1410) et M. Troplong (III, 2001) décident, qu'en cas de perte partielle de l'immeuble ameubli jusqu'à concurrence d'une certaine somme, cette perte reste à la charge exclusive de l'époux qui a fait l'ameublissement, en ce sens que la communauté est fondée à prendre toute la partie restante pour se remplir de ce qui lui a été promis. C'est ainsi encore que MM. Rodière et Pont (III, 1410 et 1431) décident, qu'en cas d'augmentation de valeur de l'immeuble ameubli, l'époux profite seul de cette augmentation, de telle sorte que, lors de la dissolution de la communauté, il est autorisé à reprendre cet immeuble, à la seule condition de verser à la masse commune, la somme formant le montant de l'ameublissement. Or, ces deux solutions sont en opposition directe avec le principe que tout copropriétaire doit supporter, dans la proportion de son droit, les détériorations survenues à la chose commune, et profiter, d'un autre côté, de l'augmentation de valeur qu'elle a pu recevoir. Nous ajouterons que, relativement aux pouvoirs du mari sur les immeubles ameublis par la femme, l'al. 3 de l'art. 1507 et l'al. 2 de l'art. 1508 mettent absolument sur la même ligne l'ameublissement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, soit d'immeubles spécialement désignés, soit de tous les immeubles. Ainsi, à quelque point de vue qu'on se place, il paraît impossible de signaler la

On doit considérer comme un ameublissement déterminé, dans le sens qui vient d'être indiqué, la convention qui, sans restriction à une certaine somme, mettrait en communauté une partie aliquote, par exemple, la moitié ou le tiers d'un ou de plusieurs immeubles [3].

L'ameublissement est indéterminé, lorsque les immeubles ameublis ne sont mis dans la communauté, que jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Art. 1506, al. 3.

L'un des époux peut valablement ameublir tout ou partie de ses immeubles, quoique l'autre se réserve la propriété de tous les

moindre différence entre les effets de l'ameublissement prétendûment déterminé, dont s'occupe le troisième alinéa de l'art. 1508, et l'ameublissement indéterminé. Battur, II, 397. Toullier, XIII, 329. Duranton, XV, 61 et 62. Odier, II, 802. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n[os] 1 à 4. Zachariæ, § 524, note 5.

[3] Toullier, XIII, 330. Duranton, XV, 62 et 63. Taulier, V, p. 190. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 4. Zachariæ, § 524, texte et note 3. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 83; Rodière et Pont, III, 1409 et 1411; Troplong, III, 2005. Ces auteurs, tout en reconnaissant que les éventualités de diminution ou d'augmentation de valeur de la quote-part ameublie, sont à la charge ou au profit de la communauté, prétendent que l'ameublissement dont il s'agit est régi, en ce qui concerne les pouvoirs du mari, par les dispositions du troisième alinéa de l'art. 1507. Ils se fondent sur l'analogie qui existerait entre l'ameublissement jusqu'à concurrence d'une certaine somme et celui d'une quote-part; ils invoquent, en outre, les termes *ameublis en totalité* et *portion ameublie,* qui se trouvent aux al. 2 et 3 de l'art. 1507. Mais l'idée sur laquelle repose la prétendue assimilation dont on se prévaut, nous semble peu juridique. Nous ne comprenons pas, en effet, un droit de copropriété qui serait déterminé, non par une quote-part, mais par une certaine somme; et, en tout cas, cette prétendue copropriété ne serait pas de même nature que celle d'une quote-part. Ce qui le prouve, c'est que, dans l'hypothèse de l'ameublissement d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, le mari est autorisé à l'hypothéquer en totalité, mais seulement pour cette somme; tandis que dans l'hypothèse de l'ameublissement d'une quote-part le mari ne peut hypothéquer que cette quote-part, mais aussi peut-il le faire sans limitation de somme. Quant à l'argument de texte, il n'est nullement concluant. Si, dans le second alinéa de l'art. 1507, les rédacteurs du Code ont employé les expressions *ameublis en totalité,* ils ne l'ont évidemment fait que par opposition aux expressions *ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme;* et si, dans le troisième alinéa du même article, ils ont parlé de *portion ameublie*, ce n'est certainement pas pour faire allusion à l'ameublissement d'une quote-part, dont ils ne se sont pas occupés, mais seulement pour indiquer la mesure dans laquelle le mari est autorisé à hypothéquer un immeuble ameubli jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

siens. A plus forte raison, l'un des époux peut-il consentir un ameublissement déterminé, tandis que l'autre ne fait qu'un ameublissement indéterminé [4].

L'ameublissement, même déterminé, ne constitue pas par lui-même une libéralité, soit quant à la forme, soit quant au fond, sauf cependant, le cas échéant, l'application de l'art. 1527 [5].

L'ameublissement étant une sorte d'aliénation, ne saurait s'induire de l'intention présumable des parties et des circonstances de la cause; il ne peut résulter que de la volonté formellement exprimée de l'opérer [6]. Spécialement, la clause par laquelle l'un des époux promet d'apporter une certaine somme à prendre sur ses biens meubles et immeubles, ne renferme pas d'ameublissement, à moins que cet époux n'ait en même temps déclaré que ses immeubles seraient ameublis ou sortiraient nature de conquêts, jusqu'à concurrence de la somme promise [7].

Toute clause d'ameublissement doit aussi être interprétée restrictivement en ce qui concerne les immeubles qui en font l'objet. Ainsi, l'ameublissement des immeubles futurs ne s'étend pas aux immeubles présents. L'ameublissement de tous les immeubles ne doit même, en général, s'entendre que des immeubles présents [8]. Toutefois, cet ameublissement comprendrait les immeubles acquis à titre gratuit [9], dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage [10].

Les effets de l'ameublissement varient, selon qu'il est déterminé ou qu'il est indéterminé.

4 Pothier, n° 303. Duranton, XV, 54 et suiv. Zachariæ, § 524, note 1.

5 Battur, II, 394. Duranton, XV, 54. Odier, II, 799. Rodière et Pont, III, 1387. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 1. Cpr. aussi: § 684 *ter*, texte n° 2.

6 Civ. cass., 14 novembre 1855, Sir., 56, 1, 11.

7 Pothier, n° 305. Odier, II, 807. Rodière et Pont, III, 1395. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 3. Troplong, III, 1991 et 1992.

8 Pothier, n° 304. Duranton, XV, 57. Bellot des Minières. III, p. 112. Odier, II, 805. Rodière et Pont, III, 1383. Marcadé, sur l'art. 1505. Troplong, III, 1986. Zachariæ, § 524, texte et note 2. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 333 ; Battur, II, 395.

9 La question ne peut pas se présenter pour des immeubles acquis à titre onéreux, pendant cet intervalle de temps. Voy. art. 1404.

10 Bellot des Minières, III, p. 112. Battur, II, p. 395. Odier, II, 806. Rodière et Pont, III, 1385. Marcadé, *loc. cit.*

1° *De l'ameublissement déterminé.*

a. L'ameublissement déterminé, qu'il soit général ou particulier, fait passer à la communauté, la propriété des immeubles qui en forment l'objet, et les assimile, d'une manière absolue, aux conquêts immeubles [11].

Il en résulte, que la communauté supporte seule les risques de perte ou de détérioration auxquels ces immeubles sont soumis, et qu'elle profite de l'augmentation de valeur qu'ils peuvent recevoir par une cause quelconque [12].

Il en résulte également, que le mari peut, sans le consentement de la femme, les aliéner à titre onéreux, et même en disposer à titre gratuit pour l'établissement des enfants communs, bien qu'il s'agisse d'immeubles ameublis par la femme, et que celle-ci se soit réservé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation à la communauté [13]. Art. 1507, al. 1 et 2, cbn. art. 1421, al. 2, et 1422, al. 1.

Il en résulte encore, que les créanciers de la communauté ou du mari sont autorisés à poursuivre le recouvrement de ce qui leur est dû sur les immeubles ameublis, comme sur tous les autres biens de la communauté.

Il en résulte enfin, que les immeubles ameublis doivent, lors du partage, être compris dans la masse commune, comme tous les autres biens de la communauté. Toutefois, l'époux du chef duquel ils proviennent, ou ses héritiers, ont la faculté de les reprendre, en les précomptant sur leur part pour la valeur qu'ils ont au jour

[11] Il serait inexact de dire que l'ameublissement déterminé a pour résultat d'assimiler, d'une manière absolue, aux meubles des conjoints, les immeubles qui en font l'objet. Ces immeubles conservent, même entre les époux, leur nature d'immeubles, en ce qui concerne les pouvoirs d'administration et de disposition conférés au mari. Cpr. art. 1422. Si le premier alinéa de l'art. 1507 assimile les immeubles ameublis aux meubles des conjoints, c'est uniquement pour indiquer que la propriété en passe à la communauté d'une manière aussi complète que celle des meubles. Odier, II, 813. Rodière et Pont, III, 1399. Marcadé, sur l'art. 1505, n° 4. Troplong, III, 1983. Cpr. cep. Zachariæ, § 524, texte n° 1, *in principio;* Req. rej., 27 janvier 1858, Sir., 58, 1, 185.

[12] Battur, II, 402 et suiv. Zachariæ, § 424, texte et note 6.

[13] Pothier, n° 409. Rodière et Pont, III, 1402 et 1523. Zachariæ, § 524, note 7. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, III, p. 397. Cpr. § 528.

du partage. Art. 1509. La femme qui renonce, ne peut reprendre les immeubles par elle ameublis, en offrant d'imputer leur valeur sur le montant de ses reprises [14], à moins qu'elle n'ait stipulé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation.

b. Lorsqu'une clause d'ameublissement déterminé a pour objet un ou plusieurs immeubles nominativement désignés, elle rend l'époux qui a fait l'ameublissement, garant envers la communauté de l'éviction de ces immeubles [15]. Il en est autrement des clauses d'ameublissement général, et même, en principe, des clauses d'ameublissement particulier, qui ont pour objet plusieurs immeubles désignés d'une manière collective [16].

c. Les clauses d'ameublissement particulier laissent les époux, en ce qui concerne leurs dettes, sous l'empire des règles qui régissent la communauté légale. Ainsi, l'époux, qui a fait un ameublissement de cette nature, reste, quelle que soit la valeur des immeubles ameublis, chargé de toutes ses dettes immobilières, et de toutes les dettes, même mobilières, grevant les successions ou donations immobilières qui lui échoient pendant le mariage. Toute-

[14] Arg. art. 1507, al. 1, cbn. art. 1492. Toullier, XIII, 345. Bellot des Minières, III, p. 156. Odier, II, 802. Rodière et Pont, III, 1433. Marcadé, sur les art. 1506 à 1599, n° 5. Troplong, III, 2019. Zachariæ, § 524, texte et note 8. — Delvincourt (III, p. 84) est d'un avis contraire. Quant à Duranton (XV, 78), il laisse la question indécise, en se bornant à dire que la femme a contre elle la lettre de l'art. 1509, mais que l'esprit de la loi milite en sa faveur.

[15] Il s'était autrefois formé trois opinions différentes sur la question de savoir si l'ameublissement particulier et déterminé donnait lieu à garantie, en cas d'éviction des immeubles ameublis. Pothier, qui, dans l'*Introduction au titre X de la coutume d'Orléans*, n° 53, n'avait admis la garantie que pour le cas où l'ameublissement, consenti par l'un des conjoints, formait un apport égal à celui de l'autre, s'est, dans son *Traité de la communauté*, n° 311, rangé à l'avis de ceux qui admettaient indistinctement la garantie. Cette opinion, que nous avons embrassée, repose sur ce que le contrat de mariage rentre dans la classe des contrats à titre onéreux, et sur ce qu'un ameublissement ne constitue pas en soi une libéralité. Cpr. art. 1440 et 1547 ; § 310 ; § 500, texte n° 4. Toullier, XIII, 344. Delvincourt, III, p. 83. Duranton, XV, 70. Battur, II, 401. Odier, II, 815. Rodière et Pont, III, 1405. Marcadé, sur les art. 1504 à 1509, n° 5. Troplong, III, 1998. Zachariæ, § 524, texte et note 10.

[16] En pareil cas, l'époux est fondé à dire qu'il n'a promis de mettre en communauté que les immeubles qu'il avait, et tels qu'il les avait. Duranton, XV, 72 et 73. Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, *loc. cit.*

fois, il ne doit pas récompense à la communauté pour le paiement des dettes relatives aux immeubles ameublis [17].

Les clauses d'ameublissement général ont pour effet de faire tomber dans le passif de la communauté, et d'une manière absolue,

[17] MM. Odier (II, 815), Rodière et Pont (III, 1428), et Troplong (III, 1999), enseignent que l'époux qui a ameubli un immeuble, doit faire raison à la communauté des dettes grevant cet immeuble. Il en est, sans doute, ainsi des dettes immobilières et de celles qui leur sont assimilées, parce qu'elles ont pour effet d'entraîner une véritable éviction. Mais nous ne pensons pas qu'il en soit de même des dettes purement mobilières, relatives à l'immeuble ameubli, c'est-à-dire de celles qui ont été contractées pour l'acquisition, la conservation, ou l'amélioration de cet immeuble. En règle générale, toutes les dettes mobilières, antérieures au mariage, qu'elle qu'en soit l'origine, tombent dans le passif de la communauté, d'une manière absolue et sans récompense. Ce n'est pas sans difficulté qu'une exception a été apportée à cette règle pour les dettes concernant les immeubles propres des époux; et cette exception n'a été admise que par une considération d'équité tirée de ce que les époux, conservant la propriété de leurs immeubles, devaient aussi supporter les dettes y relatives. Or, cette considération disparaît complétement par rapport aux immeubles qui, par l'effet de l'ameublissement, sont devenus la propriété de la communauté; et l'on retombe dès lors, en ce qui concerne les dettes qui y sont relatives, sous l'empire de la règle générale que nous venons de rappeler. Il importe, d'un autre côté, de ne pas perdre de vue que la convention d'ameublissement n'engendre pas, comme la clause d'apport, l'obligation d'apporter à la communauté une valeur déterminée, et ne soumet pas l'époux par lequel cette convention a été consentie, à la nécessité de faire état à la communauté, du montant des dettes qui viendraient diminuer ou même absorber l'émolument qu'elle peut retirer de l'ameublissement. En vain objecterait-on que les dettes relatives à l'immeuble ameubli constituent une cause d'éviction, dont il doit garantir la communauté. Cette hypothèse n'est au fond qu'une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si, dans l'hypothèse qui nous occupe, de pareilles dettes tombent ou non d'une manière absolue dans le passif de la communauté, et qu'on ne peut pas dire que cette dernière souffre éviction, lorsqu'elle paie des dettes qui doivent rester définitivement à sa charge. D'ailleurs, les dettes mobilières, relatives à l'immeuble ameubli, fussent-elles assises hypothécairement sur cet immeuble, ne l'affecteraient pas d'une manière exclusive, comme les dettes immobilières dont il serait l'objet. Elles grèvent, en effet, le patrimoine tout entier de l'époux débiteur, et ne constituent, pas plus que toutes autres dettes, une cause spéciale et directe d'éviction; de sorte que, si l'objection à laquelle nous répondons était fondée, on arriverait à dire, contre l'opinion généralement reçue, que l'époux qui a fait un ameublissement, doit récompense à la communauté pour toutes les dettes mobilières dont le paiement serait poursuivi sur l'immeuble ameubli. Zachariæ, § 424, texte n° 1.

c'est-à-dire sans récompense, les dettes grevant les immeubles ameublis, et qui, sans cet ameublissement, seraient restées exclues du passif de la communauté. Ainsi, lorsque l'un des époux a ameubli tous ses immeubles présents, les dettes immobilières dont ils se trouvent grevés, tombent dans le passif de la communauté. Ainsi encore, lorsque l'un des époux a ameubli tous ses immeubles futurs, la communauté est chargée, tant à son égard qu'envers les tiers, des dettes, mobilières ou immobilières, grevant les successions immobilières qui lui échoient pendant le mariage [18].

2° De l'ameublissement indéterminé.

L'ameublissement indéterminé ne rend pas la communauté propriétaire des immeubles qui en forment l'objet. Il n'a d'autre effet que de lui donner un droit de créance, en vertu duquel l'époux qui a consenti l'ameublissement, est tenu, lors de la dissolution de la communauté, de comprendre dans la masse commune, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu, les immeubles ou une partie des immeubles ameublis. Art. 1507, al. 3, et 1508.

De là résultent les conséquences suivantes :

a. Le mari ne peut, sans le consentement de la femme [19], aliéner les immeubles que celle-ci a ameublis [20]. Il est seulement autorisé à les hypothéquer sans ce consentement, jusqu'à concurrence de

18 Odier, I, 814. Rodière et Pont, III, 1420. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 5. Zachariæ, § 524, texte n° 1.

19 Ce consentement ne peut, au cas de refus de la femme, être suppléé par l'autorisation du juge. Toullier, XIII, 338. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 524, note 11. — Il en serait autrement dans l'hypothèse où la femme aurait déclaré mettre dans la communauté le prix de la vente d'un ou de plusieurs de ses immeubles. Une pareille clause constitue une promesse d'apport, et non un ameublissement. Duranton, XV, 66.

20 Pothier (n° 313) enseignait le contraire, en se fondant sur ce que la clause d'ameublissement indéterminé doit être considérée comme renfermant un pouvoir tacite, donné par la femme au mari, d'aliéner les immeubles ameublis jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a lieu. C'est avec raison que les rédacteurs du Code ont rejeté cette doctrine.

la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu [21]. Art. 1507, al. 3, et 1508, al. 2. Encore ne pourrait-il les hypothéquer que pour les besoins d'une industrie ou d'une opération spéciale, si l'ameublissement n'avait été consenti qu'en vue de ces besoins [22].

b. L'époux qui a fait un ameublissement indéterminé, n'est pas débiteur de la somme pour laquelle il l'a consenti, mais des immeubles qui en font l'objet [23]. Art. 1508, al. 1. Ainsi, lorsque la valeur de ces immeubles est inférieure à la somme pour laquelle ils ont été ameublis, l'époux qui a consenti l'ameublissement, n'est pas tenu de compléter cette somme sur le surplus de ses biens [24]. Ainsi encore, l'obligation de cet époux s'éteint par la perte totale des immeubles ameublis [25].

Sous ces divers points de vue, la clause d'ameublissement indéterminé diffère des clauses d'apport. Ces dernières, en effet, engendrent une obligation que les époux sont tenus de remplir sur tous leurs biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir, quand même il aurait été stipulé que l'apport serait pris sur certains biens [26].

c. Lorsqu'un ameublissement indéterminé a pour objet un ou plusieurs immeubles nominativement désignés, l'époux qui l'a consenti, est garant de l'éviction de ces immeubles, en ce sens qu'il

21 Les termes *jusqu'à concurrence de la portion ameublie*, qui se trouvent dans le troisième alinéa de l'art. 1507, présentent une idée qui n'est pas exacte. L'ameublissement indéterminé frappe, à l'instar d'une hypothèque, la totalité et chaque partie des immeubles qui en font l'objet. On ne peut donc, en ce qui concerne ces immeubles, parler de portion ameublie et de portion non ameublie. Le vice de rédaction que nous venons de signaler n'existe pas dans le deuxième alinéa de l'art. 1508.

22 Req. rej., 28 mars 1859, Sir., 59, 1, 427.

23 Pothier, n° 314. Duranton, XV, 69. Rodière et Pont, III, 1417. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 6. Troplong, III, 2007.

24 Delvincourt, III, p. 84. Duranton, *loc. cit.* Battur, II, 404. Bellot des Minières, III, p. 141. Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.* Cpr. cep. Toullier, XIII, 340.

25 Odier, II, 817. Zachariæ, § 524, texte et note 15. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente. — En cas de perte partielle de l'immeuble ou des immeubles ameublis, ce qui en subsiste encore au moment de la dissolution de la communauté, reste affecté à l'ameublissement jusqu'à concurrence de la somme intégrale pour laquelle il a eu lieu. Zachariæ, *loc. cit.*

26 Duranton, Rodière et Pont, *locc. citt.*

est tenu de faire état à la communauté, jusqu'à concurrence de leur valeur au moment de l'éviction, de la somme pour laquelle il les avait ameublis [27]. Mais si l'ameublissement porte sur la totalité ou sur une quote-part des immeubles de l'un des époux, et même, en général, s'il porte sur plusieurs immeubles désignés d'une manière collective, l'époux qui l'a consenti, n'est pas garant de l'éviction d'un ou de plusieurs de ces immeubles [28].

d. L'ameublissement indéterminé, soit particulier, soit général, laisse les époux, en ce qui concerne leurs dettes, sous l'empire des règles de la communauté légale. Ainsi, l'époux qui a ameubli un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, doit récompense à la communauté pour le paiement des dettes relatives à cet immeuble.

e. Les créanciers du mari ou de la communauté ne sont point admis à poursuivre leur paiement sur les immeubles ameublis par la femme. Toutefois, ceux de ces créanciers auxquels le mari aurait conféré une hypothèque conventionnelle sur ces immeubles, seraient autorisés à les frapper de saisie, dans les limites de la somme pour laquelle ils ont été ameublis.

Lorsque les immeubles ameublis ont été aliénés, et que le prix d'aliénation a dépassé la somme pour laquelle l'ameublissement en a eu lieu, l'époux du chef duquel ils proviennent a, pour l'excédant du prix, une créance en reprise contre la communauté [29].

Si, lors de la dissolution de la communauté, les immeubles ameublis se trouvent encore dans la possession des époux, celui d'entre eux qui a fait l'ameublissement, est tenu de les comprendre dans la masse commune. La femme ne peut s'affranchir de cette obligation en renonçant à la communauté. Cependant, l'époux qui

[27] Cette proposition n'est pas contraire au principe d'après lequel l'époux qui a fait un ameublissement indéterminé, est libéré de son obligation envers la communauté par la perte des immeubles ameublis. En effet, cette obligation, se trouvant limitée aux immeubles qui en forment l'objet, s'éteint nécessairement par la perte de ces immeubles, d'après le principe général posé par l'art. 1302. Mais elle ne s'éteint pas également par l'éviction, qui, sauf le cas d'une donation pure, soumet toujours le débiteur à des dommages-intérêts. Cpr. § 331. Toullier, XIII, 342. Duranton, XV, 70. Battur, II, 41. Odier, II, 818. Marcadé, sur les art. 1506 à 1509, n° 6. Zachariæ, § 524, texte et note 6.

[28] Cpr. note 16 *supra*, et les autorités citées à la note précédente.

[29] Odier II, 821. Rodière et Pont, III, 1431. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 524, texte et note 12.

a consenti un ameublissement indéterminé, soit général, soit particulier, est autorisé à retenir les immeubles qui en font l'objet, en tenant compte à la communauté de la somme pour laquelle il les avait ameublis [30]. A plus forte raison, l'époux qui a ameubli plusieurs immeubles dont la valeur excède la somme pour laquelle il a fait l'ameublissement, a le droit d'indiquer ceux de ces immeubles qu'il entend comprendre dans la masse commune. Du reste, lorsque la femme retire ainsi des immeubles par elle ameublis, ces immeubles restent soumis aux hypothèques dont le mari les a grevés durant la communauté [31].

§ 525.

d. *De la communauté universelle.*

Les futurs époux sont autorisés à établir une communauté universelle de tous leurs biens, meubles et immeubles, présents et à venir [1]. Art. 1526 [2].

La clause par laquelle les futurs époux déclarent mettre en communauté tous leurs biens meubles et immeubles, ne fait, en général, tomber dans la communauté que leurs immeubles présents [3]. Réciproquement, la clause par laquelle ils déclarent faire

30 Arg. *a fortiori*, art. 1509. Odier, II, 822. Rodière et Pont, III, 1430. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2018. Zachariæ, § 524, texte et note 14.

31 Pothier, n[os] 310 et 314. Delvincourt, III, p. 84. Duranton, XV, 75 à 77. Zachariæ, § 524, texte et note 13.

1 Ainsi, la règle posée par l'art. 1837 reçoit exception en matière de communauté de biens entre époux. Zachariæ, § 525, note 1. Cpr. § 379, texte, notes 2 et 3.

2 Cet article mentionne encore la clause de communauté de tous biens présents, ou de tous biens futurs, seulement. Mais, comme une pareille communauté n'est autre chose que la communauté légale, modifiée tout à la fois par une clause d'ameublissement et par une clause de réalisation, nous n'avons pas cru devoir nous en occuper d'une manière spéciale. Cpr. § 523, texte et note 6 ; § 524. Zachariæ, § 525, note 2.

3 Cpr. § 524, note 8. Duranton, XV, 221. Odier, II, 827. Glandaz, *Encyclopédie*, v° Communauté conjugale, n° 401. Rodière et Pont, III, 1366. Marcadé, sur l'art. 1526. Troplong, III, 2193. Zachariæ, § 525 texte et note 3. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 333 ; Battur, II, 491. — *Quid* de la

entrer en communauté les immeubles qui leur écherront par succession ou donation, n'embrasse pas leurs immeubles présents. Toutefois, ces clauses sont susceptibles de recevoir une interprétation plus large, par suite de leur combinaison avec les autres stipulations que renfermerait le contrat de mariage. Art. 1161.

La clause par laquelle les époux établissent une communauté universelle, ne constitue pas de sa nature une donation. Elle n'est donc pas, en général, sujette à réduction, comme excédant la quotité disponible [4]. Il en est toutefois autrement dans l'hypothèse prévue par l'art. 1527 ; et, même en dehors de cette hypothèse, l'avantage résultant d'une pareille clause pourrait donner lieu à une action en réduction, s'il résultait clairement des circonstances qu'elle n'a été consentie par l'un des époux, que dans le but d'exercer un acte de libéralité envers l'autre [5].

La communauté universelle de tous biens présents et à venir comprend, outre les biens qui composent l'actif de la communauté légale, tous les immeubles présents et à venir des époux, à quelque titre qu'ils les acquièrent. Mais les meubles qui, à raison de leur nature même, sont exclus de la communauté légale, restent également exclus de la communauté universelle [6]. D'un autre côté, les tiers qui font aux époux ou à l'un d'eux une donation ou un legs, ont la faculté d'y apposer la condition que les objets donnés ou légués n'entreront point en communauté [7]. Et, dans ce cas, ces objets sont susceptibles de subrogation par suite d'échange ou de remploi, comme si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale.

clause par laquelle les futurs époux auraient déclaré établir une communauté universelle? Nous avions d'abord pensé que cette clause ne devait faire tomber dans la communauté que les immeubles présents. Mais, après nouvel examen de la question, il nous a paru plus naturel et plus conforme à l'intention présumable des parties, de considérer une pareille clause comme comprenant les immeubles à venir, aussi bien que les immeubles présents. Rodière et Pont, III, 1365. Troplong, III, 2195. Voy. en sèns contraire : Bellot des Minières, III, p. 318; Duranton, XV, 222 ; Odier, II, 827.

4 Duranton, XV, 234. Rodière et Pont, III, 1359. Troplong, III, 2189.

5 Cpr. § 684 *ter*, texte n° 2. Rodière et Pont, III, 1360. Troplong, III, 2190 et suiv.

6 Cpr. § 507, texte n° 1, lett. *a*, et notes 17 à 19. Rodière et Pont, III, 1372.

7 Bellot des Minières, III, p. 316. Zachariæ, § 525, texte et note 4.

Sous le régime de la communauté universelle, toutes les dettes des époux tombent indistinctement dans la communauté. Néanmoins, les dispositions des art. 1424 et 1425 sont applicables même à ce régime [8]. D'un autre côté, les dettes qui grèvent une donation ou un legs fait à l'un des époux avec réserve à son profit de la propriété des objets donnés ou légués, restent à la charge de cet époux.

Les rapports des époux, soit entre eux, soit avec les tiers, sont, malgré la clause de communauté universelle, régis par les mêmes principes que sous le régime de la communauté légale. Ainsi, par exemple, le mari peut, sans le consentement de la femme, aliéner à titre onéreux ou engager les immeubles de la communauté, sans distinction de leur origine.

En cas d'acceptation de la communauté, le partage de l'actif et du passif se fait conformément aux règles développées aux §§ 519 et 520. Toutefois, l'époux du chef duquel il était entré des immeubles dans la communauté, a le droit de les retenir lors du partage, en offrant de faire état de leur valeur [9]. Art. 1509.

En cas de renonciation, la femme perd, à moins de stipulation contraire, toute espèce de droits, même sur les immeubles qui sont entrés dans la communauté de son chef. Art. 1492 [10].

2. *Des conventions qui tendent à modifier les effets de la communauté légale.*

§ 526.

a. *De la clause de séparation de dettes* [1].

Les futurs époux peuvent, tout en faisant tomber dans la communauté leur mobilier présent et à venir, stipuler que la com-

8 Bellot des Minières, III, p. 317. Odier, II, 831. Rodière et Pont, III, 1373. Zachariæ, § 525, texte et note 5.

9 Duranton, XV, 237. Rodière et Pont, III, 1378. Zachariæ, § 524, note 4. Voy. en sens contraire : Odier, II, 833 ; Troplong, III, 2203.

10 Voy. § 524, texte et note 14.

1 L'exclusion de la communauté de tout ou partie des dettes mobilières des époux ou de l'un d'eux peut résulter, non-seulement d'une clause expresse de

munauté ne sera pas chargée de leurs dettes, ou de celles de l'un d'eux.

Cette convention, appelée *clause de séparation de dettes*, ne s'applique, quelque généraux que soient les termes dans lesquels elle est conçue, qu'aux dettes dont les époux se trouvent grevés au jour de la célébration du mariage. Ainsi, les dettes que les époux contractent pendant le mariage et celles qui grèvent les successions qui leur échoient, restent, sous les distinctions établies aux §§ 508, 509 et 513, à la charge de la communauté [2].

Une dette est à considérer comme ayant existé dès avant la célébration du mariage, lorsque le fait qui y a donné naissance est antérieur à cette époque, peu importe que la dette n'ait été liquidée que plus tard, ou qu'elle fût subordonnée à une condition qui ne s'est réalisée que pendant le mariage. Ainsi, l'amende et les réparations civiles auxquelles l'un des époux a été condamné pendant le mariage, à raison d'un délit commis avant le mariage, sont comprises dans la convention de séparation de dettes. Il en est de même des dépens auxquels l'un des époux a été condamné par suite d'un procès commencé avant le mariage [3]. Mais il en est, en général, autrement des dettes grevant une succession mobilière qui, ouverte dès avant le mariage au profit de l'un des époux, n'a été acceptée que depuis cette époque [4].

séparation de dettes, mais encore de différentes autres clauses qui l'entraînent virtuellement, notamment de la clause de communauté réduite aux acquêts, de la clause de réalisation du mobilier présent ou du mobilier futur, et de la clause d'apport. Comme nous avons déjà traité des effets attachés à la séparation de dettes que produisent ces différentes clauses, nous n'avons plus à nous en occuper.

[2] Arg. art. 1497 4°, 1511 et 1513. Pothier, n° 353. Duranton, XV, 90. Odier, II, 764. Rodière et Pont, III, 1450. Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n° 1. Troplong, III, 2029. Zachariæ, § 526, note 2.

[3] Pothier, n°s 354 et suiv. Toullier, XIII, 351. Delvincourt, III, p. 86. Bellot des Minières, III, p. 164. Duranton, XV, 97 et suiv. Odier, II, 764 et 765. Rodière et Pont, III, 1453, 1454 et 1456. Marcadé, *loc. cit.*, n° 2. Troplong, III, 2023 à 2026. — Lorsque l'un des époux était, dès avant le mariage, chargé d'une tutelle, qu'il a depuis continuée, le reliquat de compte n'est compris dans la séparation de dettes, que pour la partie correspondante à la gestion antérieure au mariage. Pothier, n° 359. Rodière et Pont, III, 1455. Troplong, III, 2028.

[4] La question doit se résoudre d'après l'intention présumée des parties. Or, à moins que le contraire ne résulte clairement du contrat de mariage, on doit sup-

Du reste, la clause de séparation de dettes s'étend, non-seulement aux dettes des conjoints envers les tiers, mais encore à celles dont l'un d'eux est débiteur envers l'autre [5].

La clause de séparation de dettes produit, entre les époux, les effets suivants :

a. Chacun des époux est tenu à récompense, envers la communauté, pour le montant des dettes restées à sa charge, lorsqu'elles ont été acquittées des deniers communs, peu importe que le mobilier respectif des époux ait ou non été constaté par un inventaire régulier. Art. 1510, al. 1 cbn. al. 2. Lorsque l'existence d'une pareille dette et son paiement pendant la communauté se trouvent établis [6], il y a présomption qu'elle a été acquittée des deniers de la communauté [7].

La femme doit récompense, même pour le montant des dettes dont l'existence ne se trouve pas constatée par un acte ayant une date certaine antérieure au mariage [8]. Elle ne peut, en renonçant

poser que l'époux appelé à une succession qu'il n'a point encore acceptée, n'a entendu mettre dans la communauté le mobilier dépendant de cette succession, que déduction faite des dettes dont elle se trouverait grevée. Il en serait ainsi surtout, s'il s'agissait d'une succession qui ne se fût ouverte que dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. Vainement invoque-t-on, pour soutenir l'opinion contraire, le principe de la saisine et celui de la rétroactivité de l'acceptation d'une succession. Ce serait faussement appliquer ces principes, que de vouloir les faire servir de base à l'interprétation d'une convention. Duranton, XV, 92. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Odier, II, 766; Rodière et Pont, III, 1457 ; Troplong, III, 2030.

5 Pothier, n° 353. Odier, II, 767. Rodière et Pont, III, 1452.

6 Le seul fait de l'extinction d'une dette ne ferait pas présumer qu'elle a été éteinte au moyen d'un paiement. Duranton, XV, 104 à 107. Odier, II, 771. Rodière et Pont, III, 1463. Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n° 3. Troplong, III, 2032.

7 La raison en est que tout le moblilier présent et futur des époux tombant dans la communauté malgré la clause de séparation de dettes, les époux ne peuvent avoir d'autres ressources pour acquitter séparément leurs dettes, que la vente de leurs immeubles. Duranton, XV, 104. Odier, Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.*

8 *Nec obstat* art. 1410, al. 1. L'objet de cette disposition est uniquement de déterminer quelles sont les dettes de la femme qui, sous le régime de la communauté légale, tombent dans le passif de cette communauté. D'ailleurs, la date des actes souscrits par la femme est certaine à son égard ; et la disposition de l'art. 1410, al. 1, établie dans l'intérêt du mari, ne doit pas être rétorquée contre lui.

à la communauté, s'affranchir de l'obligation d'indemniser le mari des dettes qu'il a acquittées à sa décharge [9].

b. Il ne s'opère aucune confusion entre les dettes dont les époux se trouvaient débiteurs l'un envers l'autre. Ainsi, par exemple, lorsque la femme était débitrice du mari, elle doit, en cas d'acceptation de la communauté, bonifier à celui-ci ou à ses héritiers, la moitié et, en cas de renonciation, la totalité de sa dette [10].

Du reste, la communauté demeure, malgré la clause de séparation de dettes, chargée, à partir du mariage, des intérêts ou arrérages de toutes les dettes des époux. Art. 1512.

La clause de séparation de dettes reste, durant la communauté, sans effet à l'égard des créanciers du mari. Ceux-ci sont donc autorisés, comme sous le régime de la communauté légale, et lors même que la consistance du mobilier du mari et de celui de la femme aurait été régulièrement constatée, à poursuivre le paiement de leurs créances sur tous les biens de la communauté, sans distinction des objets qui y sont tombés du chef du mari et de ceux qui y sont entrés du chef de la femme [11].

9 Cpr. § 511 *bis*, texte n° 3, et note 11. Duranton, XV, 111. Odier, II, 783. Rodière et Pont, III, 1472. Troplong, III, 2047.

10 Pothier, n° 353. Bellot des Minières, III, p. 159. Battur, II, 116. Duranton, XV, 102. Odier, II, 767. Rodière et Pont, III, 1452. Zachariæ, § 526, texte et note 5.

11 Cette proposition, conforme au principe que, durant la communauté, les biens communs sont censés, à l'égard des créanciers du mari, faire partie du patrimoine de ce dernier, était généralement admise dans notre ancien Droit. Renusson, part. I, chap. XI, n° 8. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. IV, n° 2. Duplessis, *De la communauté*, liv. I, chap. V, sect. II. Ferrière, sur l'art. 222 *de la coutume de Paris*. Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. III, chap. IV, sect. VI, n°s 7 et 8. Voy. aussi : Pothier, n° 362 et suiv. Plusieurs auteurs modernes enseignent cependant, en se fondant sur la disposition du second alinéa de l'art. 1510, que les rédacteurs du Code ont entendu établir sur ce point une règle contraire à l'ancienne doctrine. Voy. Battur, II, 412 ; Rodière et Pont, III, 1469 ; Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n° 4 ; Troplong, III, 2042 et suiv. ; Zachariæ, § 526, texte et note 9. Mais l'induction qu'ils tirent de la disposition précitée, ne nous paraît point exacte. De ce qu'en l'absence d'inventaire, seul cas formellement prévu par le second alinéa de l'art. 1510, les créanciers de chacun des époux sont autorisés à poursuivre le paiement de ce qui leur est dû sur le mobilier apporté par l'autre, comme sur le surplus des biens de la communauté, il n'en résulte pas nécessairement que, quand il y a eu inventaire, les créanciers du mari soient privés du droit de poursuivre le rem-

Mais cette clause modifie, même durant la communauté, les droits des créanciers de la femme, lorsque le mobilier que celle-ci a apporté ou qui lui est échu pendant le mariage, a été constaté au moyen d'un inventaire ou d'un état authentique [12]. Dans ce cas, ces créanciers ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances, que sur le mobilier qui est entré dans la communauté du chef de leur débitrice, de sorte que le mari demeure quitte envers eux, en leur abandonnant tout ce qui reste de ce mobilier, et en leur tenant compte de la valeur des objets qu'il ne représente point [13]. Que si le mari avait négligé de faire constater régulièrement la consistance du mobilier de la femme, les créanciers de celle-ci seraient autorisés à poursuivre leur paiement sur tous les biens de la commu-

boursement de leurs créances sur le mobilier tombé dans la communauté du chef de la femme. Ce n'est, en effet, que par un argument *a contrario* qu'on prétend justifier cette conclusion; et un pareil argument n'est point ici concluant, parce qu'il tendrait à écarter l'application du principe de Droit commun, rappelé en tête de la note. A notre avis, le législateur, en se servant des expressions *les créanciers de l'un et de l'autre des époux*, n'a voulu dire autre chose, si ce n'est qu'à défaut d'inventaire, les créanciers de la femme sont, tout aussi bien que ceux du mari, en droit de se venger sur le mobilier tombé du chef de ce dernier dans la communauté. Au point de vue pratique, il est d'ailleurs évident que le mari lui-même ne pourrait s'opposer à la saisie du mobilier apporté par la femme ; et quant à celle-ci, elle n'aurait aucune qualité pour le faire, puisque son mobilier est, malgré la séparation de dettes, tombé d'une manière absolue dans la communauté. L'opposition de la femme aux poursuites des créanciers du mari ne se comprendrait que dans le cas où elle se serait réservé la faculté de reprendre ses apports, en renonçant à la communauté ; et, dans cette hypothèse même, son opposition ne serait pas fondée à notre avis, puisque la réserve dont il s'agit n'empêchant pas que le mobilier de la femme ne tombe dans la communauté, elle ne pourrait s'en prévaloir qu'à l'aide d'une renonciation anticipée que la loi repousse Delvincourt, III, p. 87. Bellot des Minières, III, p. 128. Duranton, XV, 110. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, vo Communauté, no 517. Odier, II, 773 à 777.

[12] Cet état doit, en ce qui concerne le mobilier que la femme a apporté en mariage, être antérieur à la célébration du mariage. Cependant, si la consistance de ce mobilier dépendait d'un compte de tutelle, ce compte, quoique rendu depuis le mariage, la constaterait suffisamment. Pothier, no 363. Odier, II, 779. Cpr. Zachariæ, § 526, note 7.

[13] Arg. *a contrario*, art. 1510, al 2. Pothier, no 363. Odier, II, 780. Rodière et Pont, III, 1468. Troplong, III, 2041. Zachariæ, § 526, texte et note 8.

nauté indistinctement, et, par suite, même sur les biens personnels du mari [14]. Art. 1510.

A partir de la dissolution de la communauté, la clause de séparation de dettes devient efficace à l'égard des créanciers du mari, comme vis-à-vis de ceux de la femme; et ce, lors même que le mobilier respectif des époux n'a pas été régulièrement constaté. Si donc les créanciers du mari exerçaient des poursuites sur les biens de la communauté, la femme ou ses héritiers pourraient les arrêter par une demande en partage de la communauté [15]. Quant aux créanciers de la femme, ils ne sont plus admis à procéder contre le mari, que par voie de partage, ou de saisie-arrêt sur ce qu'il devrait à la femme [16].

14 Malgré la clause de séparation de dettes, le mari est, pendant la durée de la communauté, tenu, envers les créanciers de la femme, jusqu'à concurrence de la valeur du mobilier de celle-ci, en ce sens, qu'il est obligé de leur en rendre compte. Lorsqu'il a négligé de faire constater régulièrement la consistance de ce mobilier, les créanciers de la femme sont fondés à soutenir qu'il avait une valeur suffisante pour les couvrir de leurs créances ; et le mari ne serait pas admis à combattre, par la preuve contraire, la présomption qui, en pareil cas, milite en leur faveur. Il suit de là qu'il ne pourrait se dégager envers eux, en offrant de leur abandonner tout ce qui, d'après sa déclaration, ferait partie de la communauté. Rodière et Pont, III, 1467. Voy. cep. en sens contraire : Douai, 15 juin 1861, Sir., 62, 2, 65.

15 Ce n'est que pendant la durée de la communauté, que les biens qui en dépendent, sont censés faire partie intégrante du patrimoine du mari : la dissolution de la communauté donne toute son efficacité au droit de co-propriété de la femme, qui a, par conséquent, le droit de défendre sa part dans les biens communs, contre les poursuites de créanciers personnels du mari, envers lesquels elle n'est même pas obligée comme commune en biens. Rodière et Pont, III, 1470. Nancy, 2 février 1865, Sir., 66, 2, 30.

16 Pothier, n° 364. Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, sur les art. 1510 à 1512, n° 3. Duvergier, sur Toullier, XIII, 356, note 6. Troplong III, 2046. Zachariæ, § 526, texte *in fine*, et note 11. — Delvincourt, (III, p. 87) et Bellot des Minières (III, p. 180) pensent cependant que le mari reste, après la dissolution de la communauté, engagé envers les créanciers de la femme, lorsqu'il n'a pas fait constater la consistance du mobilier de cette dernière.

§ 527.

b. *De la clause de franc et quitte*[1].

La déclaration que l'apport de l'un des époux est franc et quitte, c'est-à-dire qu'il n'est grevé d'aucune dette antérieure au mariage, peut être faite, soit par ses père et mère, ses ascendants, ou son tuteur, soit même par un étranger[2]. Art. 1513.

La clause de franc et quitte n'a pas seulement pour effet de soumettre l'auteur de la déclaration à la garantie dont il sera ultérieurement parlé ; elle oblige, en outre, l'époux à l'apport duquel elle s'applique, à indemniser son conjoint du montant des dettes dont il se trouvait grevé lors du mariage, et que la communauté a acquittées à sa décharge. La clause dont s'agit renferme donc virtuellement une espèce de convention de séparation de dettes[3].

[1] Cette clause peut être insérée dans un contrat de mariage par lequel les futurs époux déclarent se marier sans communauté, ou se soumettre au régime dotal. Toullier, XIII, 369. Duranton, XV, 135. Bellot des Minières, III, p. 209. Rodière et Pont, III, 1474. Zachariæ, § 527, note 1. — Elle diffère essentiellement de la clause par laquelle les parents de l'un des époux s'obligent à payer ses dettes antérieures au mariage, et de celle par laquelle les parents du mari, ou un tiers, garantissent à la femme la reprise de ses apports, ou l'exécution des donations faites à son profit. Pothier, n° 372. Toullier, XIII, 367. Duranton, XV, 119 et suiv. Bellot des Minières, III, p. 209. Battur, 2, 427. Odier, II, 796. Rodière et Pont, III, 1484. Troplong, III, 2071 et 2072. Zachariæ, *loc. cit.*

[2] La déclaration de franc et quitte émanée d'un étranger produit à sa charge les mêmes effets que si elle avait été faite par un ascendant ou par le tuteur. L'art. 1513 ne s'occupe, il est vrai, que de cette dernière hypothèse. Mais sa disposition, qui n'est pas conçue en termes restrictifs, doit, par identité de motif, recevoir application, quelle que soit la personne de laquelle émane la déclaration. Bellot des Minières, III, p. 191. Toullier, XIII, 369. Duranton, XV, 134. Odier, II, 786. Rodière et Pont, III, 1476. Marcadé, sur l'art. 1513, n° 1. Zachariæ, § 527, texte et note 2.

[3] La disposition de l'art. 1513, qui a virtuellement consacré ce principe, en statuant que l'indemnité due au conjoint de l'époux déclaré franc et quitte, se prend avant tout sur la part de cet époux dans la communauté et sur ses biens personnels, est introductive d'un Droit nouveau. Anciennement on considérait la clause de franc et quitte comme n'ayant d'effet qu'entre le tiers qui avait fait la

Cette convention tacite diffère de la clause expresse de séparation de dettes, en ce qu'elle est absolument sans effet à l'égard des créanciers des époux, soit durant la communauté, soit même après sa dissolution[4], et, en ce qu'elle oblige l'époux qu'elle concerne, à faire raison à son conjoint, non-seulement du principal de ces dettes, ainsi que des intérêts ou arrérages échus avant le mariage, mais encore de ceux qui ont couru durant le mariage[5].

Le dédommagement dû à l'époux au profit duquel l'apport de l'autre a été déclaré franc et quitte, comprend, non-seulement le préjudice que cet époux peut éprouver par suite de l'insuffisance des biens de la communauté ou de ceux de son conjoint pour se couvrir de ses reprises, indemnités, et conventions matrimoniales, mais encore le dommage résultant de ce que la communauté, ayant eu à payer les dettes de son conjoint, la masse commune se trouve diminuée du montant de ces dettes[6].

déclaration et l'autre conjoint. L'époux à l'apport duquel s'appliquait cette clause, n'était tenu de faire raison à la communauté de ses dettes antérieures au mariage, qu'autant qu'il s'était expressément obligé à les payer séparément. Cpr. Pothier, nos 370 et suiv. ; Lebrun, liv. II, chap. III, sect. III, nos 41 et suiv. Tous les auteurs modernes sont d'accord pour reconnaître l'innovation législative que nous venons d'indiquer, et qui s'explique par cette idée, que l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte par une tierce personne, doit être considéré comme ayant adhéré à cette déclaration. Delvincourt, III, p. 89. Toullier, XIII, 364. Battur, II, 425. Bellot des Minières, III, p. 191 à 198. Duranton, XV, 116 et suiv. Odier, II 787 et 788. Rodière et Pont, III, 1475. Marcadé, sur l'art. 1513, n° 1. Troplong, III, 2060 et 2061. Zachariæ, § 527, note 1 *in fine*, texte et note 3.

4 Delvincourt, III, p. 87. Toullier, XIII, 364. Duranton, XV, 115. Odier, II, 788. Rodière et Pont, III, 1478. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2063. Zachariæ, § 527, texte et note 5. — M. Bellot des Minières (III, p. 198) attribue, au contraire, à la clause de franc et quitte, tous les effets que la clause expresse de séparation de dettes produit à l'égard des créanciers. Mais son opinion est repoussée par le texte même de l'art. 1513, comparé à celui de l'art. 1510.

5 Voy. art. 1512. Pothier, n° 375. Delvincourt, III, p. 87. Bellot des Minières, III, p. 202. Duranton, XV, 114. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, III, 1479. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2064. Zachariæ, § 527, texte et note 6.

6 On admettait généralement dans l'ancien Droit que, lorsque la femme avait été déclarée franche et quitte, le mari était en droit de se faire indemniser du préjudice que les dettes de la femme, antérieures au mariage, causaient à la com-

La garantie à laquelle se trouve soumise le tiers qui a déclaré franc et quitte l'apport de l'un des époux, n'est que subsidiaire. En d'autres termes, elle ne peut être exercée que dans le cas où les biens de l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte, sont insuffisants pour couvrir l'indemnité dont il est débiteur. Art. 1513, al. 1.

Le mari est autorisé à exercer, même durant la communauté, le recours en garantie qu'il peut avoir à former contre les tiers qui ont déclaré franc et quitte l'apport de la femme. Celle-ci, au contraire, ne peut agir contre les tiers qui lui doivent garantie à raison de l'apport du mari, qu'après la dissolution de la communauté. Art. 1513, al. 2.

Du reste, les tiers qui sont, en pareil cas, recherchés en garantie, ont leur recours contre l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte. Ce recours ne peut être exercé contre la femme qu'après la dissolution de la communauté, lors même que les tiers qui avaient garanti son apport, ont été poursuivis par le mari avant cette époque. Art. 1513, al. 2.

munauté. Mais on n'était pas d'accord sur les effets de la déclaration de franc et quitte appliquée au mari. Suivant les uns, la femme n'avait de dédommagement à demander qu'à raison des pertes que les dettes du mari, antérieures au mariage, lui faisaient éprouver sur ses reprises et conventions matrimoniales. Suivant les autres, elle pouvait en outre, en cas d'acceptation, se faire indemniser de la diminution de sa part de communauté par suite de l'existence de pareilles dettes. Voy. pour la première opinion : Lebrun, liv. II, chap. III, sect. III, n°s 41 et 42 ; Duplessis, *De la communauté*, liv. II, chap. I, sect. IV, *in fine* ; Pothier, n° 366. Voy. pour la seconde opinion : Renusson, part. I, chap. XI, n°s 36 et 37; Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. X, part. III, chap. V, sect. I, n°s 3 et 6. Il résulte nettement de la rédaction de l'art. 1513, que c'est la dernière solution que le législateur a entendu consacrer. Delvincourt, III, p. 88. Toullier, XIII, 366; Duranton, XV, 123. Bellot des Minières, III, p. 199 et suiv. Odier, II, 789. Rodière et Pont, III, 1483. Marcadé, sur l'art. 1513, n° 2. Troplong, III, 2059. Cpr. Zachariæ, § 527, texte et note 8. Voy. en sens contraire : Battur, II, 425; Maleville, sur l'art. 1513.

§ 528.

c. *De la clause par laquelle la femme stipule la reprise de son apport franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté*[1].

La femme peut, par une clause du contrat de mariage, se réserver la faculté de reprendre franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté, tout ou partie de ses apports[2]. Art. 1514, al. 1.

Toute clause de cette nature doit, comme dérogeant aux règles de la communauté légale, être interprétée restrictivement, tant en ce qui concerne les objets dont la reprise peut être exercée, qu'en ce qui concerne les personnes admises à invoquer le bénéfice de la clause. Art. 1514, al. 1.

De là résultent plusieurs conséquences :

a. Lorsque la femme s'est réservé la faculté de reprendre le mobilier qui lui écherra durant la communauté, elle n'est point autorisée à exercer la reprise de celui qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage.

b. Lorsqu'elle a stipulé la reprise de ses apports, ou même de son mobilier, sans mentionner spécialement son mobilier futur, elle n'est autorisée à reprendre que le mobilier qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage[3]. Art. 1514, al. 2.

c. La faculté de reprise stipulée en faveur de la femme, ne s'é-

[1] Lorsqu'en stipulant la reprise de son apport franc et quitte, la femme l'a fait en ajoutant qu'il resterait affranchi même des engagements qu'elle aurait contractés avec son mari et des condamnations qui seraient prononcées contre elle à raison de pareils engagements, cette addition change-t-elle la nature et l'objet de la clause, de telle sorte qu'elle devienne opposable aux tiers, comme emportant une soumission partielle et conditionnelle au régime dotal? Cpr. sur cette question, qui a été soulevée dans ces derniers temps : § 533, texte et notes 10 à 12.

[2] La clause par laquelle la femme se serait réservé la faculté de reprendre, en cas d'acceptation, tout ou partie du mobilier par elle apporté, ne serait plus celle dont s'occupe l'art. 1514, mais une espèce de réalisation, portant sur la valeur de ce mobilier. Cpr. Bellot des Minières, III, p. 213; Rodière et Pont, III, 1494; Troplong, III, 2105; Toulouse, 27 janvier 1844, Sir., 44, 2, 391.

[3] Duranton, XV, 141. Zachariæ, § 528, texte et note 2.

tend point à ses enfants. Si elle a été stipulée en faveur de la femme et de ses enfants, elle ne profite, ni à ses ascendants, ni à ses collatéraux ; et, si elle l'á été en faveur de la femme et de ses héritiers, elle ne s'étend point à ses successeurs universels, encore que ceux-ci jouissent de la saisine légale, en vertu de l'art. 1006 [4]. Art. 1514, al. 3.

Mais cette règle d'interprétation restrictive ne serait plus admissible, si elle devait avoir pour effet d'exclure du bénéfice de la reprise des parents qui, au point de vue du droit de succession, sont préférables à ceux dont la clause fait expressément mention. Ainsi, la reprise stipulée au profit de la femme et de ses collatéraux, s'étend à ses enfants [5].

Quant au terme *enfants*, il comprend les descendants à quelque degré qu'ils se trouvent, et s'applique, non-seulement aux enfants à naître du mariage, mais encore à ceux que la femme peut avoir d'une précédente union [6], et même à ses enfants naturels [7].

4 Duranton, XV, 160 et 161. Odier, II, 850. Rodière et Pont, III, 1513. Marcadé, sur l'art. 1514, nº 2. Zachariæ, § 528, note 3. Voy. cep. Bellot des Minières, III, p. 228 ; Battur, II, 463. — Il est bien entendu que le légataire universel qui eût été, à défaut d'institution testamentaire, appelé à la succession en qualité d'héritier, serait admis à exercer la reprise.

5 L'argument *a contrario* doit faire place, en pareil cas, à l'argument *a fortiori*. Pothier, nºs 389 et 390. Toullier, XIII, 386 et 387. Battur, II, 453. Duranton, XV, 158. Rodière et Pont, III, 1508. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2082. Voy. en sens contraire : Odier, II, 849.

6 Pothier, nº 387. Duranton, XV, 156. Odier, II, 847. Rodière et Pont, III, 1502 et 1503. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2083. Zachariæ, § 528, texte et note 3. — Il en serait autrement, si la reprise n'avait été stipulée qu'en faveur des enfants à naître du mariage. Pothier, nº 387. Duranton, XV, 157. Rodière et Pont et Troplong, *locc. citt.*

7 Rodière et Pont, III, 1503. Marcadé, sur l'art. 1514, nº 2. Voy. en sens contraire : Odier, II, 847. — La reprise stipulée au profit de la femme et de ses héritiers s'étend-elle à ses enfants naturels ? Cette question doit, à notre avis, se résoudre par l'affirmative. Il nous paraît impossible d'admettre qu'en stipulant la reprise au profit de ses héritiers même collatéraux, la femme n'ait pas entendu la stipuler également, et à plus forte raison, en faveur de ses enfants naturels. En vain objecterait-on que ces enfants ne sont point héritiers. Cette objection, qui aurait de la force, s'il s'agissait de l'applcation d'une disposition légale, ne nous paraît rien moins que décisive, quand il est question de l'interprétation d'une convention. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 92 ; Duranton, XV, 162 ; Odier, II, 850; Rodière et Pont, III, 1506. Voy. aussi : Bellot des Minières, III, p. 224.

Du reste, lorsque, par la dissolution de la communauté, le droit de reprise s'est une fois ouvert au profit de la femme ou des autres personnes en faveur desquelles il avait été stipulé, il passe à tous leurs successeurs universels sans distinction, et peut être exercé par leurs créanciers [8].

D'un autre côté, il se peut que telle personne qui, de son propre chef, ne serait pas fondée à exercer la reprise du mobilier de la femme, profite de la reprise exercée par une autre personne en faveur de laquelle elle a été réservée. C'est ainsi que, dans l'hypothèse ou une femme, ayant des enfants d'un premier lit, n'a stipulé la reprise de son mobilier qu'en faveur des enfants à naître du nouveau mariage, les enfants du premier lit profitent de la reprise exercée par ces derniers, en ce sens que le mobilier qui en forme l'objet, se partage entre eux et les enfants du second lit, comme le surplus des biens délaissés par leur mère. C'est ainsi encore que le légataire à titre universel de la femme peut être appelé à profiter de la reprise exercée par un héritier, en faveur duquel elle a été réservée [9].

La règle d'interprétation ci-dessus posée n'empêche pas que les personnes en faveur desquelles a été réservée la faculté de reprendre le mobilier de la femme, ne puissent l'exercer en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de biens, quoique, en la stipulant, les parties n'aient expressément mentionné que l'hypothèse de la dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux [10].

La clause de reprise de l'apport de la femme n'a pas pour effet

[8] Pothier, n° 393. Battur, II, 461. Duranton, XV, 151 et 163. Odier, II, 855 et 856. Rodière et Pont, III, 1511. Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 2087 à 2089. Zachariæ, § 528, texte et note 4.

[9] Pothier, n° 387. Duranton, XV, 149 et 165. Odier, II, 852 et 853. Rodière et Pont, III, 1504. — Ces hypothèses ne sont pas les seules où une personne obtient, par le moyen d'un tiers avec lequel elle se trouve en concours, des avantages, qu'elle ne serait pas admise à réclamer de son propre chef. Cpr. art. 1098, et § 690, texte et note 40 ; art. 757, et § 605, note 12.

[10] Si la femme n'a mentionné que cette hypothèse, c'est parce qu'elle ne devait pas supposer que son mari la mettrait dans la nécessité de provoquer la séparation de corps ou de biens. Pothier, n° 381. Bellot des Minières, III, p. 214. Battur, II, 446. Duranton, XV, 150. Odier, II, 851. Rodière et Pont, III, 1495. Troplong, III, 2086 et 2085. Cpr. Zachariæ, § 528, texte et note 5.

de réserver à celle-ci la propriété de son mobilier. Ce mobilier tombe dans la communauté. Il en est de même des immeubles que la femme a ameublis d'une manière absolue. Ainsi, les créanciers de la communauté ou du mari peuvent frapper de saisie le mobilier de la femme, de même que les autres biens communs. Ainsi encore, la femme ne peut revendiquer, contre les tiers détenteurs, les immeubles ameublis que le mari a aliénés; et, elle est tenue de respecter les hypothèques ou les servitudes qu'il peut avoir consenties sur ces immeubles [11].

Lorsque tout ou partie du mobilier de la femme n'existe plus, les personnes autorisées à en exercer la reprise, ont droit, contre le mari, à une indemnité pour la valeur du mobilier manquant, sauf à ce dernier à prouver que ce mobilier a péri sans sa faute.

La consistance du mobilier dont la femme entend exercer la reprise, doit être constatée dans les formes prescrites relativement au mobilier exclu de la communauté au moyen d'une clause de réalisation. Les règles développées à ce sujet au § 522, reçoivent ici leur application.

La reprise du mobilier ne peut avoir lieu que déduction faite, d'une part, des dettes qui le grevaient et que la communauté a payées [12], et, d'autre part, des dettes dont la femme est, malgré sa renonciation, demeurée débitrice envers la communauté. Art. 1514, al. 4.

Quant aux dettes que la femme a contractées avec l'autorisation du mari, ou même avec celle de la justice dans les hypothèses prévues par l'art. 1427, et qui, d'ailleurs, ne seraient pas de nature à donner lieu à récompense de sa part, elles restent, en ce qui con-

11 Pothier, n° 409. Duranton, XV, 171. Odier, II, 857 et 861. Rodière et Pont, III, 1521, 1522, et 1526. — M. Battur (II, 399 et 444) enseigne le contraire ; mais son opinion est évidemment en opposition avec l'art. 1507, al. 1 et 2.

12 Si, au lieu de stipuler la reprise de ses apports, la femme s'était réservé la faculté de reprendre une certaine somme, pour lui tenir lieu de ce qu'elle a apporté, et, à plus forte raison, si elle s'était seulement réservé la faculté de reprendre certains objets déterminés, la reprise s'exercerait sans aucune déduction des dettes grevant son apport. Pothier, n° 411. Duranton, XV, 162. Odier, II, 865. Rodière et Pont, III, 1520. Marcadé, sur l'art. 1514, n° 3. Troplong, III, 2102. Voy. en sens contraire : Battur, II, 444. Il nous paraît que cet auteur n'a pas bien saisi l'hypothèse à laquelle s'applique notre solution.

cerne les rapports des époux entre eux, à la charge du mari. Mais, vis-à-vis des tiers envers lesquels elle s'est engagée, la femme n'en demeure pas moins obligée au paiement de pareilles dettes, sauf son recours contre son mari [13].

Les intérêts des sommes qui peuvent être dues à la femme, en vertu de son droit de reprise, ne courent qu'à dater de la demande en justice [14].

§ 529.

d. *Du préciput conventionnel* [1].

Le préciput conventionnel est la clause par laquelle les futurs époux conviennent que le survivant d'entre eux, ou que l'un d'eux en cas de survie [2], sera autorisé à prélever, sur la masse commune,

[13] Caen, 28 mai 1849. Sir., 49, 2, 694.

[14] Marcadé, sur l'art. 1515, n° 3. Zachariæ, § 528, note 8, *in fine*. Cpr. Duranton, XV, 173; Nancy, 29 mai 1828, Sir, 29, 2, 231. Voy. en sens contraire : Odier, II, 868; Rodière et Pont, III, 1517; Troplong, II, 2103. L'opinion que nous professons ici n'est pas, quoi qu'on en ait dit, en contradiction avec celle que nous avons émise au § 511, texte n° 3, et note 14. Les créances pour récompenses et indemnités sont des créances qui prennent naissance durant la communauté et contre la communauté ; la renonciation de la femme ne saurait anéantir ce fait, auquel se trouve attachée l'application de l'art. 1473. La créance dont nous nous occupons actuellement, étant, au contraire, subordonnée à la renonciation de la femme, renonciation qui elle-même ne peut intervenir qu'après la dissolution de la communauté, on est forcé de reconnaître que la communauté n'a jamais pu devenir débitrice d'une pareille créance, qui constitue, de sa nature même, une créance contre le mari, soumise comme telle à l'application de l'art. 1479. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les créances pour récompenses ou indemnités, reposant sur un motif évident d'équité, sont éminemment favorables ; tandis que la créance dont il s'agit en ce moment, dérivant de l'exercice d'une faculté exorbitante du Droit commun, ne mérite pas la même faveur.

[1] Cpr. *Traité des gains nuptiaux et de survie,* par Boucher d'Argis, Lyon, 1735, in-4°. — Plusieurs coutumes avaient établi un préciput légal au profit du survivant de deux conjoints nobles. Cpr. Pothier, n° 414 et suiv.

[2] Duranton, XV, 180. Zachariæ, § 529, note 2. — Les futurs époux peuvent aussi stipuler un préciput au profit des héritiers de l'époux prémourant. Bellot des Minières, III, p. 256. Zachariæ § 529, texte et note 9. Comme cette clause, d'ailleurs fort rare, est régie, *mutatis mutandis,* par les règles relatives au préciput conventionnel ordinaire, nous ne nous en occuperons pas d'une manière spéciale.

avant tout partage, soit une certaine somme, soit une certaine quantité d'objets mobiliers ou immobiliers, soit enfin certains meubles ou immeubles spécialement désignés. Le préciput, d'ailleurs, peut être stipulé en usufruit seulement, aussi bien qu'en pleine propriété. Art. 1515, al. 1 [3].

Cette clause constitue de sa nature, non une libéralité soumise, soit quant à la forme, soit quant au fond, aux règles des donations, mais simplement une convention ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Art. 1516 [4]. Il en est ainsi, dans le cas même où, en vertu de la stipulation exceptionnelle, permise par le premier alinéa de l'art. 1515, la femme exerce le préciput en renonçant [5]. Cependant l'avantage qui peut en résulter

[3] L'indication que donne l'art. 1515 des objets dont le préciput peut se composer, n'est pas limitative. Zachariæ, § 529, note 3. Les époux peuvent aussi convenir du prélèvement de plusieurs objets de nature diverse, soit cumulativement les uns avec les autres, soit sous une alternative. Pothier, n[os] 440 et suiv. Au dernier cas, le choix des objets à prélever appartient à l'époux au profit duquel le préciput a été stipulé. *Nec obstat* art. 1190. Duranton, XV, 184. Rodière et Pont, III, 1536.

[4] La rédaction de cet article est assez ambiguë. On serait, au premier abord, porté à en conclure, par argument *a contrario*, que le préciput constitue au fond une véritable donation, et qu'il est ainsi, comme toute disposition à titre gratuit, sujet à réduction au profit de tout héritier à réserve sans distinction ; mais telle ne nous paraît pas avoir été la pensée des rédacteurs du Code. En effet, il est hors de doute qu'ils ont voulu, dans l'art. 1516, reproduire une proposition émise par Pothier, au n° 442 de son *Traité de la communauté*. Or, il suffit de lire ce passage pour reconnaître que Pothier ne considère la convention de préciput comme renfermant un avantage, que relativement à l'application de l'édit des secondes noces, c'est-à-dire seulement en ce qui concerne l'hypothèse où l'un des époux a des enfants d'un précédent mariage. C'est donc dans ce sens que l'on doit entendre l'art. 1516, d'autant plus que cette interprétation est conforme à l'esprit général du Code sur les conventions qui ont pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Cpr. art. 1527. Elle se justifie d'ailleurs, en général, et sauf le cas où le préciput est stipulé au profit de la femme même en cas de renonciation à la communauté, par un argument *a fortiori* que fournit l'art. 1525. Bellot des Minières, III, p. 267. Battur, II, 470. Duranton, XV, 190. Odier, II, 872. Rodière et Pont, III, 1532. Marcadé, sur l'art. 1516. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 94 ; Taulier, V, p. 203 ; Bugnet, sur Pothier, VII, p. 246 ; Zachariæ, § 529, texte et note 4.

[5] Suivant M. Troplong (III, 2124), la convention de préciput constituerait, dans l'hypothèse indiquée au texte, une donation sujette à réduction, même au profit des enfants issus du mariage. Mais nous ne comprenons pas que la renon-

pour l'un des conjoints, est sujet à réduction dans l'hypothèse prévue par l'art. 1527, al. 3 [6].

La clause de préciput doit être restreinte aux objets que les parties ont formellement indiqués. Ainsi, lorsque la femme a stipulé la faculté de prélever, avant tout partage, les linges et hardes à son usage, elle n'est pas autorisée à retirer également ses bijoux [7]. Ainsi encore, lorsque la femme s'est réservé la faculté de prélever les bijoux qu'elle a apportés en mariage, elle n'a pas le droit de prélever ceux qui ont été achetés pendant le mariage, si ce n'est jusqu'à concurrence de ceux qu'elle avait apportés, et qui auraient été vendus ou échangés.

Si le préciput est illimité, c'est-à-dire s'il comprend tous les objets d'une certaine espèce qui dépendront de la communauté au jour de sa dissolution, et que la quantité ou la valeur de ces objets se trouve être excessive, eu égard à l'intention probable des parties, appréciée d'après leur condition et leur fortune, les héritiers de l'époux prédécédé sont fondés à en demander la réduction, *arbitrio judicis* [8]. Il en est ainsi surtout, des acquisitions faites dans

ciation de la femme puisse avoir pour effet de transformer en donation, une clause que l'éminent magistrat considère lui-même comme ne formant, en cas d'acceptation, qu'une simple convention matrimoniale. D'ailleurs, toute donation suppose l'*animus donandi*. Or, ce n'est pas, en général, à titre de libéralité que la femme stipule, et que le mari consent la clause dont s'agit : le préciput que la femme se réserve d'exercer même en renonçant, ne constitue d'ordinaire pour elle qu'un moyen de se soustraire aux embarras d'une liquidation de communauté, ou de se garantir contre les suites de la mauvaise administration du mari.

6 Voy. aussi : § 684 *ter*, texte n° 2.

7 Pothier, n° 440. Toullier, XIII, 408. Duranton, XV, 183. Odier, II, 871. Rodière et Pont, III, 1541.

8 Pothier, n° 441. Merlin, *Rép.*, v° Préciput conventionnel, § 2, n° 3. Battur, II, 467. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 407 ; Odier, II, 871 ; Rodière et Pont, III, 1539 et 1540 ; Marcadé, sur l'art. 1515, n° 1 ; Troplong, III, 2112. Ces derniers auteurs ne paraissent pas avoir parfaitement saisi l'opinion de Pothier, que nous avons voulu reproduire. Il ne s'agit pas, comme ils le supposent, de porter atteinte à la liberté pleine et entière dont jouissent les futurs époux dans la fixation du préciput, mais seulement d'empêcher que le préciput ne soit élevé à une valeur exagérée, au moyen d'acquisitions faites dans ce but, et contrairement à l'intention commune des parties au moment de la passation du contrat.

la vue de grossir le préciput pendant la dernière maladie du conjoint prédécédé [9].

Le droit au préciput ne s'ouvre de Droit commun, et sauf stipulation contraire, que par la mort de l'un des époux [10]. Art. 1517.

Lorsque les deux époux ont péri ensemble, dans un naufrage ou dans un incendie, par exemple, sans qu'on puisse établir lequel est décédé le premier, il n'y a pas lieu à l'application des présomptions de survie établies par les art. 720 à 722 [11]; et, par suite, les héritiers de l'un et de l'autre des époux sont également non recevables à réclamer le préciput.

En cas d'absence de l'un des conjoints, l'époux présent est autorisé, en optant pour la dissolution de la communauté, à réclamer provisoirement son préciput, à la charge de donner caution pour la sûreté des objets prélevés qu'il pourrait éventuellement avoir à restituer [12]. Art. 124.

La séparation de corps et la séparation de biens ne donnent point, en général, ouverture au préciput. Art. 1452. La séparation de biens laisse subsister le droit éventuel au préciput, même en faveur du mari [13]. En cas de séparation de corps, l'époux qui l'a obtenue, conserve seul son droit au préciput; l'époux, au contraire, contre lequel elle a été prononcée, en est déchu, alors

9 Pothier, *loc. cit.* Battur, II, 468. Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.*

10 D'après l'art. 1517, et avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile de l'un des conjoints donnait ouverture au préciput, aussi bien que sa mort naturelle. Cpr. § 82, texte et note 3.

11 Cpr. § 53, note 14. Pothier, n° 444. Bellot des Minières, III, p. 267. Battur, II, 472. Duranton, XV, 192. Odier, II, 876. Rodière et Pont, III, 1549. Marcadé, sur l'art. 1517. Troplong, III, 2127. Zachariæ, § 85, note 6, et § 529 note 5, *in fine*.

12 Duranton (XV, 197) enseigne que le mari n'est pas, en pareil cas, tenu de fournir caution. Il se fonde sur ce que le mari étant chef de la communauté, et n'exerçant son préciput que sur les biens communs, la femme ne peut jamais avoir de restitution à lui demander. Mais cette supposition n'est pas exacte ; car il se peut que la femme reparaisse ou qu'elle donne de ses nouvelles postérieurement au décès du mari; et, dans ce cas, les héritiers de ce dernier doivent restituer la moitié du préciput qu'il a prélevé. Rodière et Pont, II, 1015.

13 *Non obstat* art. 1452. Voy. sur le véritable sens de cet article : § 515, texte n° 2, et note 20. Toullier, XIII, 394. Duranton, XV, 195. Odier, II, 882. Rodière et Pont, III, 1563. Marcadé, sur l'art. 1518, n° 4.

même que le préciput aurait été réciproquement établi au profit des deux conjoints [14].

Lorsque la femme accepte la communauté dissoute par suite de séparation de corps ou de biens, les droits des époux se liquident provisoirement sans égard à la clause de préciput; et les objets, attribués à chacun des époux par suite de cette liquidation, restent ou doivent être mis à sa libre disposition jusqu'à l'ouverture du préciput [15], époque à laquelle les héritiers du prémourant sont tenus de restituer au survivant, qui aura conservé son droit au préciput, la moitié de la somme ou des objets dont il se compose. Art. 1518. Les époux qui auraient tous les deux conservé leur droit éventuel au préciput, ne sont point autorisés à se demander respectivement caution pour la sûreté de la restitution dont il vient d'être parlé. Ce droit n'appartiendrait même pas à la femme qui, ayant obtenu la séparation de corps, aurait seule conservé son droit au préciput.

Quand la femme renonce à la communauté, elle perd par cela même son droit au préciput, à moins qu'elle ne se soit réservé ce droit même en renonçant. Dans ce cas, et si la communauté s'est dissoute par une séparation de corps prononcée à sa demande, elle peut exiger de son mari, une caution pour la restitution de la somme ou des objets sur lesquels porte son préciput, et qui restent provisoirement entre les mains de ce dernier. Art. 1518 *in fine* [16].

14 Art. 1518 et arg. *a contrario* de cet article. Cpr. § 494, texte n° 3, notes 26 et 27.

15 Duranton, (XV, 194) et Taulier (V, p. 205, 3°) enseignent que, si la séparation de corps a été prononcée contre la femme. le mari est autorisé à garder en entier la somme ou les objets composant son préciput, en offrant de fournir caution pour la restitution de la moitié de la valeur de ce préciput, dans le cas où il viendrait à prédécéder. Mais nous ne saurions partager cette opinion, qui est contraire à la généralité de la première disposition de l'art. 1518, d'après lapuelle il n'y a pas lieu, en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps, à la délivrance actuelle du préciput.

16 L'interprétation de la disposition finale de l'art. 1518 a donné lieu à divers systèmes. Celui que nous proposons prend son point de départ dans ce principe incontestable que le débiteur d'une dette, soit actuelle, soit éventuelle, ne saurait être tenu de fournir caution, qu'autant qu'il s'y trouve astreint par une convention, par un jugement, ou par une disposition formelle de la loi. Nous en concluons tout d'abord que le mari ne peut, dans aucun cas, et alors même que la communauté aurait été dissoute par suite d'une séparation de corps pronon-

La femme qui a fait prononcer la séparation de biens, jouit du même droit[17].

La règle d'après laquelle le droit au préciput ne s'ouvre qu'au

cée sur sa demande, exiger de la femme qui accepte la communauté, une caution pour la restitution de la moitié de la somme ou des objet soumis à son préciput. On ne trouve, en effet, dans l'art. 1518, rien qui l'y autorise ; et bien loin de là, cet article, en accordant à la femme seule le droit de demander caution. fournit, contre le mari, un argument *a contrario* parfaitement concluant. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, III, 274 ; Toullier, XIII, 397 ; Odier, II, 880 ; Rodière et Pont, III, 1561; Marcadé, sur l'art. 1518, n° 3. Cpr. Zachariæ, § 529, note 8. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, part. I, p. 48, part. II, p. 94 ; Taulier, V, p. 205, n° 4. La controverse ne peut donc, à notre avis, sérieusement s'établir que sur le point de savoir, si la femme qui a fait prononcer la séparation, soit de corps, soit de biens, peut demander caution au mari, même en acceptant la communauté. Les considérations suivantes nous portent à adopter la négative, et à restreindre ainsi. pour la femme, la faculte de demander caution, au cas où elle renonce à la communauté, et où elle conserve malgré cela son droit au préciput. En disant que *la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari*, l'art. 1518 suppose évidemment que la femme a renoncé à la communauté, car de quel droit le mari retiendrait-il, même au cas d'acceptation, la totalité de la somme ou de la chose soumise au préciput, dont la moitié tout au moins doit revenir à la femme à titre de pártage, et pourquoi placerait-on cette dernière, qui cependant a obtenu la séparation de corps ou de biens, dans une position provisoire pire que celle dans laquelle elle se trouverait, si aucun préciput n'avait été stipulé à son profit. D'un autre côté, la faveur spéciale que la loi a fait à la femme s'explique parfaitement. quand on la restreint au cas où elle renonce à la communauté. Cette renonciation, en effet, élève contre le mari une présomption de mauvaise administration, et rend d'autant plus nécessaires des garanties destinées à protéger les intérêts de la femme, que les valeurs formant l'objet de son préciput demeurent tout entières aux mains du mari, ce qui ne peut jamais se rencontrer pour le préciput de ce dernier qui, n'étant pas admis à renoncer à la communauté, reçoit toujours au moins la moitié des valeurs composant son préciput. Nous ajouterons que notre interprétation, qui aboutit, en définitive, à absoudre le législateur du reproche d'inconséquence ou d'inexactitude qu'on lui a adressé, trouve dans ce résultat même sa complète justification. Voy. en ce sens : Toullier, XIII, 397; Rodière et Pont, III, 1562 ; Marcadé, sur l'art. 1518, n° 3. Voy. en sens contraire : Delvincourt, *loc. cit.* ; Duranton, XV, 194 ; Taulier, V, p. 204, n° 1 ; Odier, II, 881 ; Troplong, III, 2135 ; Zachariæ, § 529, texte et note 7.

[17] Arg. art. 1518. Battur, II, 474. Duranton, XV, 195. Odier, II. 882. Rodière et Pont, III, 1563. Marcadé, sur l'art. 1518, n° 4. Zachariæ, § 529, note 8, *in fine*.

décès de l'un des époux, est susceptible d'être modifiée par les parties. C'est ainsi, par exemple, que la femme peut stipuler que son droit au préciput s'ouvrira dans le cas de dissolution de la communauté, par suite de séparation de biens ou de séparation de corps prononcée à sa requête [18].

Le préciput ne peut, de sa nature, s'exercer que par voie de prélèvement sur la masse commune, composée conformément aux règles développées au § 519. Ainsi, la femme ne peut, en général, réclamer son préciput qu'en acceptant la communauté. Ainsi encore, elle ne peut, en cas d'insuffisance de la masse commune, exercer son préciput sur les biens propres du mari. Il en serait autrement, pour l'une et l'autre de ces conséquences, si la femme avait stipulé le droit de prendre son préciput, même en renonçant à la communauté. Dans cette hypothèse, elle serait autorisée à le réclamer malgré son renonciation ; et elle pourrait en poursuivre le paiement sur les biens propres du mari, quand même elle accepterait la communauté [19]. Art. 1515.

Du reste, la clause de préciput n'altère en rien les droits qui, sous le régime de la communauté légale, appartiennent aux créanciers des époux. Ces créanciers peuvent donc poursuivre la vente des objets dont le prélèvement a été stipulé au profit de l'un des époux, sauf à celui-ci son indemnité pour la valeur de ces objets. Art. 1519. Cette indemnité ne peut être poursuivie que sur la part de l'autre époux dans la masse commune, à moins qu'elle ne soit due à la femme, et que celle-ci n'ait stipulé le préciput même pour

18 Merlin, *Rép.*, v° Préciput conventionnel, § 1, n° 1. Battur, II, 474. Toullier, XIII, 398. Duranton, XV, 181 et 182. Odier, II, 874. Rodière et Pont, III, 1545. Marcadé, sur l'art. 1518, n° 4. Troplong, III, 2129 et 2130. Zachariæ, § 529, texte er note 10. Req. rej., 26 janvier 1808, Sir., 8, 1, 809. Limoges, 6 août 1849, Sir., 50, 2, 108.

19 Pothier, n° 448. Duranton, XV, 187. Rodière et Pont, III, 1568. Zacharie, § 529, texte et note 11. On voit, d'après cela, que la clause par laquelle la femme se réserve la faculté de reprendre, en cas de renonciation, une certaine somme pour lui tenir lieu de ses apports, lui est moins avantageuse que la clause de préciput, avec stipulation qu'elle aura droit au préciput même en cas de renonciation. La femme peut user de cette dernière clause, même en acceptant la communauté, tandis qu'elle ne peut user de la première qu'en y renonçant.

le cas de renonciation à la communauté, auquel cas elle peut poursuivre son indemnité sur les biens personnels du mari [20].

§ 530.

e. *Des clauses tendant à modifier la règle du partage égal de la communauté.*

La règle d'après laquelle la masse commune se partage par moitié entre les deux époux ou leurs héritiers, est susceptible d'être modifiée de diverses manières, et notamment par les clauses suivantes [1]. Art. 1520.

1° Les futurs époux peuvent, quelle que soit l'importance respective de leurs apports, assigner, soit à l'un d'eux nommément, soit au survivant ou aux héritiers du prémourant [2], une part, ou plus forte, ou moindre que la moitié de la communauté. Cette convention peut être faite, soit purement et simplement, soit sous une condition, par exemple pour le cas où il n'y aura pas d'enfants du mariage [3].

[20] C'est ce que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu exprimer, dans l'art. 1519, par ces termes, *sauf le recours de l'époux, conformément à l'art. 1515. Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 256). Odier, II, 887. Rodière et Pont, III, 1569. Marcadé, sur l'art. 1519. Zachariæ, § 529, texte et note 13.

[1] L'énumération que renferme l'art. 1520 n'est pas limitative. Ainsi, par exemple, les époux peuvent assigner à l'un d'eux, les immeubles, et à l'autre, le mobilier de la communauté. Les effets de cette clause se détermineraient par des principes analogues à ceux qui régissent la convention dont s'occupe l'art. 1521. Cpr. § 522, texte n° 7 et note 37. Marcadé, sur l'art. 1520. Troplong, III, 2143. Zachariæ, § 530, notes 1 et 3. Req. rej., 16 avril 1830, Sir., 33, 1, 171. — Ainsi encore, les époux peuvent attribuer au survivant la totalité, soit de l'actif mobilier, soit de l'actif immobilier, en sus de sa part dans le surplus de la communauté. Douai, 17 juin 1847, Sir., 49, 2, 71.

[2] L'art. 1520, qui porte «*à l'époux survivant ou à ses héritiers*», présente un singulier vice de rédaction. Il est évident que l'on a voulu dire, à l'époux survivant ou aux héritiers du prémourant. Zachariæ, § 530, note 4.

[3] Bellot des Minières, III, p. 278. Duranton, XV, 199. Odier, II, 921. Rodière et Pont, III, 1580. Marcadé, sur l'art. 1521, n° 1. Troplong, III, 2145.

L'époux dont les droits ont été réduits, ne supporte les dettes de la communauté, que proportionnellement à la part qu'il prend dans l'actif. Art. 1521, al. 1.

Cette règle de contribution reste étrangère aux rapports des époux et de leurs créanciers respectifs, tant que dure la communauté; et, même après sa dissolution, elle ne peut être opposée à ces derniers par le mari, qu'autant qu'il s'agit de dettes personnelles à la femme, dont il n'est tenu qu'en sa qualité d'associé, et non comme chef de la communauté. Quant à la femme, elle ne peut être poursuivie pour les dettes communes qui ne procèdent pas de son chef, que dans la proportion de sa part dans l'actif, lorsqu'elle est inférieure à la moitié; mais aussi peut-elle l'être dans cette proportion, lorsque sa part est supérieure à la moitié [4]. Il est, du reste, bien entendu que, sauf son recours tel que de droit, chacun des époux demeure tenu envers les créanciers de l'intégralité des dettes qui procèdent de son chef.

La convention par laquelle les époux, en assignant à l'un d'eux une part dans l'actif ou plus grande ou moindre que la moitié, stipuleraient que cet époux supportera les dettes communes dans une proportion différente de cette part, serait nulle, non-seulement en ce qui concerne le partage du passif, mais encore en ce qui concerne celui de l'actif [5]. En pareil cas, la communauté se partagerait donc, activement et passivement, comme si les époux n'avaient pas dérogé aux règles de la communauté légale, c'est-à-dire par moitié. Art. 1521, al. 2.

Lorsque la femme a stipulé une part plus forte que la moitié

4 Rodière et Pont, III, 1586.

5 M. Duranton (XV, 206) enseigne que, si l'époux chargé de payer les dettes dans une proportion plus forte que sa part dans l'actif, consentait à les supporter dans cette proportion, ou si l'époux dispensé de contribuer aux dettes dans une proportion égale à sa part dans l'actif, offrait de les supporter dans cette proportion, l'autre époux ne serait pas admis à opposer la nullité de la convention. Mais nous ne saurions partager cette manière de voir. La disposition du deuxième alinéa de l'art. 1521 est trop explicite pour qu'il soit possible d'admettre que les rédacteurs du Code n'aient voulu frapper de nullité que la stipulation relative au partage des dettes. C'est la convention tout entière qu'ils ont déclarée nulle, en suivant l'opinion de Pothier (n° 449). Delvincourt, III, p. 93. Battur, II, 480. Odier, II, 893. Rodière et Pont, III, 1585. Marcadé, sur l'art. 1521, n° 2. Troplong, III, 2150.

dans l'actif de la communauté, elle n'en jouit pas moins, ainsi que ses héritiers, des droits mentionnés aux art. 1453 et 1483 [6].

Si les époux ont assigné au survivant ou aux héritiers du prémourant, une part supérieure ou inférieure à la moitié, la convention ne reçoit son exécution qu'après le décès de l'un des époux. Il en est de même de la convention par laquelle il a été assigné à l'un des époux, en cas de survie, une part plus forte que la moitié. Ainsi, lorsque la communauté vient à se dissoudre par suite de séparation de corps ou de biens, elle se partage provisoirement par moitié entre les deux époux, sans que celui d'entre eux qui peut éventuellement avoir droit à une part supérieure à la moitié, soit autorisé à demander caution à l'autre [7].

2° Les futurs époux peuvent stipuler que l'un d'eux ou ses héritiers n'auront à prétendre qu'une certaine somme pour tous droits de communauté.

Cette stipulation peut être faite sous telles conditions que les parties jugent convenables. Elle peut notamment être subordonnée au prédécès de l'un des époux, en ce sens qu'elle ne produira d'effet qu'à l'égard de ses héritiers, et, qu'au cas de survie de cet époux, la communauté se partagera par moitié. Art. 1523.

La convention dont il est actuellement question, constitue un forfait, au moyen duquel la masse commune est d'avance abandonnée à l'autre époux ou à ses héritiers. L'époux dont les droits ont été ainsi fixés à une certaine somme, est fondé à la réclamer, peu importe que l'actif de la communauté, après déduction des dettes, suffise ou non pour l'acquitter. Art. 1522.

Lorsque c'est le mari ou ses héritiers qui retiennent, en vertu de la clause dont il s'agit, la totalité de la communauté, les droits et les obligations des époux ou de leurs héritiers, soit entre eux, soit à l'égard des tiers créanciers, sont, sauf le paiement de la somme promise, les mêmes que dans le cas où la femme renonce à la communauté légale. Ainsi, le mari ou ses héritiers sont tenus, soit envers les créanciers, soit envers la femme ou ses héritiers, de l'intégralité des dettes communes. Art. 1524, al. 1. Ainsi encore, les créanciers n'ont aucune action contre la femme ou ses

[6] Odier, II, 894. Rodière et Pont, III, 1586. Zachariæ, § 530, texte n° 15.

[7] Cpr. § 529, texte, notes 15 et 16. Pothier, n° 449. Delvincourt, III, p. 95. Rodière et Pont, III, 1588. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 206 ; Odier, II, 895 ; Zachariæ, § 530, texte et note 6.

héritiers, si ce n'est pour les dettes au paiement desquelles elle se trouve personnellement obligée; et, lorsqu'elle est poursuivie à raison de pareilles dettes, elle a son recours tel que de droit contre le mari. Art. 1524, al. 2, cbn. 1494. Enfin, la femme reste débitrice des récompenses ou indemnités qu'elle peut devoir à la communauté ou au mari [8].

Si, en vertu de la clause qui a fixé les droits du mari à une certaine somme, c'est la femme qui garde la communauté, elle est tenue, tant à l'égard du mari ou de ses héritiers, qu'à l'égard des créanciers, de toutes les dettes communes. Elle ne peut cependant, quand elle a rempli les formalités prescrites par l'art. 1483, être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, à moins qu'elle ne se trouve personnellement engagée [9]. Quant au mari, il

[8] Battur, II, 486 et suiv. Duranton, XV, 211. Rodière et Pont, III, 1594. Troplong, III, 2160. Zachariæ, § 530, texte et note 9.

[9] Tout en reconnaissant que ce point est fort délicat, nous croyons devoir maintenir la solution donnée par M. Bellot des Minières (III, p. 297 et 298) et par Zachariæ (§ 530, texte et note 11). Le bénéfice que l'art. 1483 accorde à la femme qui a fait inventaire, n'est pas incompatible avec le forfait de communauté; et il serait assurément bien difficile de le lui refuser, si elle se l'était formellement réservé par le contrat de mariage. La question est donc de savoir si l'art. 1524 dénie implicitement à la femme qui garde toute la communauté en vertu de la clause de forfait, le droit de faire usage de ce bénéfice. Au soutien de l'affirmative, on dit que cet article ne laisse à la femme d'autre alternative, que d'accepter la communauté en payant toutes les dettes, ou d'y renoncer. Mais en faisant cette argumentation, on a perdu de vue qu'à la différence du bénéfice d'inventaire, qui suppose une option à faire par l'héritier acceptant entre l'acceptation pure et simple et l'acceptation bénéficiaire, le bénéfice établi par l'art. 1483 est indépendant de toute option à faire par la femme qui accepte la communauté, et qu'il se trouve virtuellement attaché à cette acceptation même; d'où il résulte que la femme ne pourrait en être privée qu'en vertu d'une disposition formelle. On ne voit d'ailleurs pas pour quel motif le législateur qui, malgré la clause de forfait, laisse à la femme la faculté de renoncer à la communauté, lui aurait enlevé le bénéfice de n'être tenue des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument. La difficulté ne présente véritablement d'intérêt que dans le cas où, après avoir fait inventaire et avoir accepté la communauté, qui semblait d'après cet acte devoir donner un résultat avantageux, la femme serait poursuivie pour des dettes restées inconnues jusqu'alors; et il nous semble qu'en lui refusant dans ce cas le secours de l'art. 1483, on se met directement en opposition avec l'esprit de la loi, dont le but a été précisément de garantir la femme, contre les mécomptes et les pertes auxquels elle pourrait se trouver exposée par l'acceptation d'une communauté en apparence prospère. Les créanciers

demeure, sauf son recours contre la femme, tenu, envers les créanciers, de la totalité des dettes au paiement intégral desquelles resterait obligé, sous le régime de la communauté légale, même après le partage de la communauté. Il est, d'un autre côté, tenu de bonifier à la femme, tout ce dont il se trouve être débiteur envers la communauté.

Du reste, la clause qui autorise la femme ou ses héritiers à garder la communauté en payant une certaine somme au mari, ne les prive pas de la faculté d'y renoncer. Lorsqu'ils usent de cette faculté, ils sont affranchis de l'obligation de payer au mari la somme promise, et leur renonciation produit, au surplus, les mêmes effets que sous le régime de la communauté légale. Art. 1524, al. 3.

3° Les futurs époux peuvent convenir que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, ou à l'un d'eux en cas de survie [10]. Art. 1525, al. 1.

La clause dont s'agit confère virtuellement, et sauf stipulation contraire [11], à l'époux qui se trouve ainsi privé de toute part dans la communauté, ou à ses héritiers, la faculté de reprendre ses apports, c'est-à-dire tout ce qui est entré dans la communauté de son chef [12].

de la communauté et les héritiers du mari ne sont d'ailleurs pas en droit de se plaindre, puisque la femme ne pourra faire usage du bénéfice dont s'agit, qu'en leur tenant compte de toutes les valeurs portées en l'inventaire, et qu'ils se trouveront ainsi dans la situation où les aurait placés sa renonciation à la communauté. Cpr. texte n° 3, et note 15 *infra*. Voy. en sens contraire : Odier, II, 904 ; Rodière et Pont, III, 1598 ; Marcadé, sur l'art. 1524, n° 2 ; Troplong, III, 2166.

10 Cette clause peut, de même que les précédentes, être stipulée sous une condition, par exemple, pour le cas où il y aura des enfants du mariage.

11 MM. Battur (II, 489) et Bellot des Minières (III, p. 306), enseignent à tort qu'une pareille stipulation n'est point valable. Rodière et Pont, III, 1609. Marcadé, sur l'art. 1525, n° 4. Zachariæ, § 530, texte et note 15.

12 Bellot des Minières, III, p. 303. Rodière et Pont, III, 1609. Troplong, III, 2172. Req. rej., 12 juillet 1842, Sir., 42, 1, 679. Douai, 9 mai 1849, Sir., 50, 2, 180. — Sous ce rapport, la clause dont il est ici question diffère de la clause de partage inégal et du forfait de communauté. En effet, à moins de stipulation contraire, ces dernières conventions ne donnent pas à l'époux dont les droits ont été réduits à une part inférieure à la moitié, ou fixés à une certaine somme, le droit de reprendre ses apports. Duranton, XV, 201. Zachariæ, § 530, note 17. Douai, 7 février 1850, Sir., 50, 2, 537.

Les règles développées au § 529, relativement à l'ouverture du préciput conventionnel, s'appliquent également à la clause dont il est ici question [13]. Ainsi, en cas de séparation de biens, la communauté se partage provisoirement suivant les règles ordinaires, sans égard aux stipulations dont l'effet ne doit se réaliser que par la mort de l'un des époux [14].

Quant aux effets que cette clause produit, soit entre les époux, soit à l'égard des créanciers, ils se déterminent, en général, d'après les règles posées au numéro précédent sur le forfait de communauté. Ainsi, par exemple, la femme au profit de laquelle s'est ouverte la faculté que confère cette clause, jouit, comme sous le régime de la communauté légale, des droits que lui attribuent les art. 1453 et 1483 [15].

La reprise de l'apport de l'époux qui se trouve exclu de toute part dans la communauté, ne peut, à moins de stipulation contraire, avoir lieu que sous la déduction des dettes qui grevaient cet apport. Arg. art. 1514, al. 4.

Les trois clauses dont il a été traité au présent paragraphe, ne constituent pas de leur nature de véritables donations, et ne doivent être considérées que comme des conventions ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Art. 1525 et arg. de cet article. L'avantage qui peut en résulter pour l'un des époux, n'est donc pas, en général, et sauf l'hypothèse prévue par l'art. 1527, al. 3, sujet à réduction, comme excédant la quotité

13 Duranton, XV, 215 et suiv. Bellot des Minières, III, p. 300 et 301. Odier, II, 917. Rodière et Pont, III, 1611 et 1612. Zachariæ, § 530, texte et note 19.

14 Req. rej., 1er juin 1853, Sir., 53, 1, 513.

15 Zachariæ, § 530, texte et note 20. La controverse dont nous avons rendu compte à la note 9 *supra*, se reproduit de nouveau dans l'hypothèse dont il est présentement question. Mais il est à remarquer qu'il n'existe pas même, dans cette hypothèse, de texte dont on puisse se prévaloir, d'une manière plus ou moins spécieuse, pour prêter au législateur l'intention de priver la femme survivante du bénéfice de l'art. 1483. Aussi croyons-nous que M. Odier (II, 913), qui émet encore sur ce point une opinion contraire à la nôtre, ne l'a fait que parce qu'il a compris qu'il y aurait contradiction à accorder le bénéfice dont s'agit à la femme qui reçoit la totalité de la communauté, sans être obligée de payer quoi que ce soit aux héritiers du mari, tout en le lui refusant au cas de forfait de communauté.

disponible [16]. Il en serait toutefois autrement de la clause qui, tout en attribuant à l'époux survivant la totalité de la communauté, aurait refusé aux héritiers du prédécédé, la faculté de reprendre les apports de leur auteur. Dans ce cas, l'avantage résultant de l'abandon de ces apports, constituerait une véritable libéralité, sujette à réduction au profit de tous les héritiers à réserve indistinctement [17].

II. DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ [1].

§ 531.

a. *De la clause portant que les époux se marient sans communauté.*

Lorsque les futurs époux ont déclaré se marier sans communauté, chacun d'eux conserve la propriété de son patrimoine. Il ne s'établit entre eux aucune société de biens ; leurs dettes restent séparées ; et les acquisitions que l'un d'eux fait pendant le mariage, à un titre quelconque, lui demeurent propres, sans que l'autre puisse y réclamer aucune part.

Toutefois, sous ce régime, comme sous celui de la communauté légale, le mari a l'administration de tous les biens de la femme. Il en a de plus la jouissance en son nom personnel. Art. 1530 et 1531.

[16] Req. rej., 12 juillet 1842, Sir., 42, 1, 679. Douai, 7 février 1850. Sir., 50, 2, 537. Civ. rej., 21 mars 1859, Sir., 59, 1, 761. Civ. cass., 16 décembre 1861, Sir., 62, 1, 10. Cpr. Coin-Delisle, *Revue critique*, 1862, XX, p. 1, 193 et 481. Voy. cep. § 684 *ter*, texte n° 2.

[17] Delvincourt, III, p. 96. Bellot des Minières, III, p. 303. Odier, II, 923. Rodière et Pont, III, 1609. Marcadé, sur l'art. 1525, n° 4. Zachariæ, § 530, texte et note 18. Cpr. Bruxelles, 21 juillet 1810, Sir., 11, 2, 335.

[1] Le régime exclusif de communauté est celui par lequel les futurs époux, tout en excluant la communauté, ne se soumettent cependant pas au régime dotal. Le régime exclusif de communauté comprend : la clause simplement exclusive de communauté ; et la clause de séparation de biens. Cpr. sur l'interprétation des dispositions du Code civil. relatives à ce régime : § 499, texte n° 2.

1° *Du droit de propriété que la femme conserve sur son patrimoine.*

a. La femme reste propriétaire de tous les biens, meubles et immeubles, qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage, et de tous ceux qu'elle acquiert dans la suite, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Les acquisitions faites, soit par la femme seule, soit conjointement par le mari et par la femme, sont propres à cette dernière, soit pour la totalité, soit pour moitié, sans qu'à cet égard il y ait lieu d'examiner, si le prix en a été payé des deniers de la femme ou de ceux du mari [2]. Mais, s'il résulte des circonstances, que la femme ne s'est pas trouvée en position de payer ce prix au moyen de deniers à elle appartenants, elle doit en faire état au mari ou à ses héritiers [3].

2 On doit, en effet, s'en tenir au principe que la chose appartient à celui qui l'a achetée, même avec les deniers d'un tiers, sans se préoccuper de la possibilité d'avantages indirects que le mari pourrait faire à la femme, en lui fournissant les fonds nécessaires au paiement des acquisitions qu'elle ferait. Les héritiers à réserve seront toujours admis à prouver, même à l'aide de simples présomptions, l'existence et l'étendue de pareils avantages. Maleville, III, p 342 et 343. Duranton, XV, 264 et 265. Odier, II, 957 à 960. Bordeaux, 19 mars 1830, Sir., 30, 2, 168. Toulouse, 16 décembre 1834, Sir., 35, 2, 74; Cpr. Grenoble, 30 juin 1827, Sir., 28, 2, 191. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 97; Benoît, I, 210; Troplong, III, 2245; Riom, 22 mars 1809, Sir., 12, 2, 198; Aix, 21 mars 1832, Sir., 32, 2, 435.

3 Nous ne pensons pas que l'on puisse encore aujourd'hui invoquer comme telle, la présomption légale établie, contre la femme, par la loi *Quintus Mucius* (L. 51, *D. de don. inter vir. et uxor.*, 24, 1), loi qui se trouve abrogée par cela même qu'elle n'a pas été reproduite par le Code. En principe, c'est donc au mari ou à ses héritiers à prouver que le prix de l'acquisition faite par la femme, quoique quittancé au nom de celle-ci, a été payé des deniers du mari. Mais, comme sous le régime exclusif de communauté, toutes les économies faites au moyen des revenus de la femme appartiennent en général au mari, la preuve à faire par ce dernier ou ses héritiers peut résulter suffisamment de l'impossibilité où se trouverait la femme d'indiquer l'origine des deniers remis au vendeur. Odier, *loc. cit.* Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 2. Angers, 11 mars 1807, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 2, 211. Toulouse, 2 août 1825, Sir., 26, 2, 21. Bordeaux, 19 mars 1830, Sir., 30, 2, 168. Toulouse, 17 décembre 1831, Sir., 32, 2, 585. Aix, 21 mars 1832, Sir., 32, 2, 435. Pau, 10 décembre 1832, Sir., 33, 2, 240. Toulouse, 16 décembre 1834, Sir., 35, 2, 74. Cpr. Grenoble,

Du reste, si le mari a fait, sans le concours de la femme et sans mandat de sa part, une acquisition d'immeubles en emploi de deniers à elle appartenants, ces immeubles ne deviennent propres à la femme, qu'autant qu'elle a déclaré accepter l'emploi [4].

b. La femme supporte seule le dommage résultant de la perte de ses biens, ou des détériorations qu'ils ont subies, lorsque cette perte ou ces détériorations proviennent d'une cause qui ne peut être imputée à faute au mari. C'est ainsi notamment que la femme supporte le dommage résultant de ce que des créances qui lui appartiennent, ont péri ou subi des retranchements, sans qu'il y ait eu négligence de la part du mari [5].

c. Les créanciers du mari ne sont point autorisés à saisir le mobilier de la femme [6], pourvu que la consistance en ait été constatée par inventaire ou état authentique [7]. Lorsque, à défaut de constatation régulière à l'égard des créanciers du mari, ceux-ci ont fait vendre tout ou partie du mobilier de la femme, le mari est tenu de l'indemniser de la valeur du mobilier vendu.

d. La femme peut, avec l'autorisation du mari ou de la justice, aliéner même ses immeubles, et les grever de servitudes ou d'hypothèques. Art. 1535. Mais l'aliénation qu'elle aurait faite avec la seule autorisation de justice, ne porterait aucune atteinte au droit d'usufruit appartenant au mari [8], à moins qu'elle n'eût eu lieu pour l'une des causes indiquées en l'art. 1427.

1er février 1812, Sir., 28, 2, 44, à la note; Grenoble, 30 juin 1827, Sir., 28, 2, 191; Montpellier, 14 février 1843, Sir., 43, 2, 222; Civ. cass., 6 mars 1866, Sir., 66, 1, 253. Voy. en sens contraire: Delvincourt et Duranton, *locc. citt.*; Benoît, I, 209; Troplong, III, 2246 et 2247; Riom, 22 mars 1809, Sir., 12, 2, 198.

[4] Cpr. art. 1435; § 507, texte n° 3, notes 72 et 85. Duranton, XV, 263. Rodière et Pont, III, 2074. Troplong, III, 2243.

[5] Arg. art. 1567. Duranton, XV, 283. Zachariæ, § 531, texte et note 2.

[6] Les créanciers du mari ne sont même autorisés à saisir les revenus des biens de la femme, que pour la portion excédant les besoins du ménage. Arg. art. 1530 *in fine*.

[7] Arg. art. 1510. Duranton, XV, 291. Bellot des Minières, III, p. 252. Troplong, III, 2261. Zachariæ, § 531, texte et note 14.

[8] Duranton, XV, 301. Rodière et Pont, III, 2075 et 2082. Marcadé, sur l'art. 1535, n° 2. Zachariæ, § 531, note 4. Voy. en sens contraire: Odier, II, 961. L'erreur dans laquelle cet auteur est tombé, à notre avis, provient de ce qu'il n'a vu qu'une question de capacité, là où il s'agit de savoir si des actes, d'ailleurs valablement passés par la femme, peuvent avoir pour effet de porter atteinte à l'usufruit du mari.

Lorsque la femme a vendu ou cédé des objets, mobiliers ou immobiliers, en vertu de l'autorisation du mari, celui-ci est garant envers elle du prix de vente[9]. La même responsabilité pèserait sur lui, dans le cas où la vente aurait été passée avec la simple autorisation de justice, à moins cependant que la femme n'eût tout à la fois reçu le pouvoir de vendre et de toucher le prix sur sa seule quittance[10].

e. La règle d'après laquelle la femme conserve la propriété de tout ce qui compose son patrimoine, souffre exception en ce qui concerne les objets dont on ne peut user sans les consommer, et ceux qui, par leur nature, sont destinés à être vendus. La propriété de ces objets est transmise au mari par l'effet du quasi-usufruit auquel ils sont soumis à son profit. Lorsque le mobilier de la femme comprend des choses de cette nature, les époux doivent en dresser un état estimatif; et, c'est le montant de l'estimation ainsi faite, que le mari est tenu de restituer à la cessation de son usufruit, peu importe que les denrées ou marchandises qu'il a reçues aient augmenté ou diminué de prix[11]. Art. 1532. A défaut d'état estimatif, la restitution se fait conformément à l'art. 587.

La régle ci-dessus posée souffre encore exception en ce qui concerne les objets livrés au mari sur estimation, sans qu'il ait été déclaré que cette estimation ne vaudrait pas vente. Le mari de-

9 MM. Duranton (XV, 305), Rodière et Pont (III, 2083), et Zachariæ, (§ 531, note 4 *in medio*) appliquent à cette hypothèse la disposition de l'art. 1450. Mais, ainsi que l'a fort bien fait observer M. Odier (II, 962), la responsabilité du mari est ici beaucoup plus étendue qu'au cas de séparation de biens. Usufruitier et administrateur de toute la fortune personnelle de la femme, le mari est, en cette double qualité, obligé de tenir compte à cette dernière du montant du prix de vente, que de Droit commun il a seul qualité pour toucher. Cpr. Poitiers, 24 juin 1831, Sir., 31, 2, 295.

10 Hors de cette hypothèse, le mari est responsable comme ayant dû toucher le prix. Que s'il avait été payé à la femme, sans qu'elle eût été autorisée à le recevoir sur sa seule quittance, le paiement serait nul à l'égard du mari, et ne pourrait même être opposé à la femme, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qui aurait tourné à son profit.

11 Sous ce rapport l'art. 1532 fait exception à l'art. 587. Zachariæ, § 531, note 5.

vient propriétaire de ces objets, à la charge d'en restituer le prix d'estimation [12].

2° Du droit d'administration et de jouissance, qui appartient au mari, sur les biens de la femme.

a. En qualité d'administrateur des biens de la femme, le mari jouit, en général, des pouvoirs qui lui appartiennent, sur les immeubles et sur les meubles réalisés de celle-ci, sous le régime de la communauté.

Ainsi, par exemple, le mari, autorisé à exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme, ne peut intenter les actions immobilières ou y défendre, que sous la distinction indiquée au § 509 [13].

Cependant, à la différence de ce qui a lieu, sous le régime de la communauté, pour le mobilier réalisé de la femme, le mari n'a pas le pouvoir de vendre ou de céder sans son concours, les meubles, corporels ou incorporels, dont elle a conservé la propriété [14].

b. L'usufruit, auquel les biens de la femme sont soumis en faveur du mari, est, en général, régi par les principes du Droit commun. Art. 1533 et arg. de cet article.

Ainsi, le mari est tenu de faire inventaire, non-seulement du mobilier qui advient à la femme durant le mariage, mais encore de celui

[12] Cpr. art. 1551. Duranton, XV, 287. Odier, II, 967. Rodière et Pont, III, 2073. Zachariæ, § 531, note 5, *in fine*. Voy. cep. Bellot des Minières, III, p. 339 et 340.

[13] Cpr. § 509, texte n° 3, et note 29; § 510, texte n° 3, et note 23. Odier, II, 943. Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 1. Troplong, III, 2253 à 2255. Voy. en sens contraire: Rodière et Pont, III, 2067 à 2069. Suivant ces auteurs, on devrait appliquer ici les dispositions de l'art. 1549. Mais nous avons déjà réfuté cette manière de voir au § 499, texte n° 2, et note 2.

[14] Les raisons qui nous ont déterminés (§ 510, texte n° 3, et note 10; § 522, texte n° 5, et note 33) à reconnaître au mari, sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, le droit d'aliéner le mobilier que la femme s'est réservé propre, n'existant pas sous le régime exclusif de communauté, nous croyons qu'on doit s'en tenir ici au principe qu'au propriétaire seul il appartient de disposer de sa chose. Mais, il est du reste bien entendu que les aliénations de meubles corporels consenties par le mari au profit de tiers de bonne foi, devraient être maintenues en vertu de l'art. 2279. Duranton, XV, 286 et suiv. Troplong, III, 2262. Zachariæ, § 531, texte et note 3. Voy. cep. Toullier, XIV, 104 et suiv.

qu'elle a apporté en se mariant[15]. Faute d'accomplissement de cette obligation, la femme est admise, à l'égard du mari ou de ses héritiers, à prouver par témoins, et même par commune renommée, la consistance de son mobilier non inventorié[16].

Mais, à moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage, le mari n'est pas assujetti à fournir caution[17].

Le mari n'a pas droit, en qualité d'usufruitier des biens de la femme, aux produits de ses talents artistiques ou littéraires, ni à ceux d'une industrie ou profession distincte et indépendante de celle qu'il exerce lui-même[18]. Il en est ainsi surtout des bénéfices

15 Cette proposition est généralement admise, quant au mobilier échu à la femme durant le mariage. Arg. art. 1415 et 1504. Toullier, XIV, 25 à 27. Duranton, XV, 289. Odier, II, 949. Taulier, V, p. 220. Elle se justifie, en ce qui concerne le mobilier que la femme apporte en mariage, par l'art. 1533, et par l'art. 600, qui est ici parfaitement applicable, puisque, à la différence de ce qui a lieu sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, le mari est, sous le régime exclusif de communauté, usufruitier en son nom personnel du patrimoine de la femme, et que la circonstance que cet usufruit est grevé des charges du ménage, ne saurait être un motif pour dispenser le mari de l'obligation de faire inventaire. Toullier, XIV, *loc. cit.* Odier, II, 949. Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 3. Troplong, III, 2248. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 288; Bellot des Minières, IV, p. 482 et suiv.

16 Rodière et Pont, III, 2072. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente. — Du reste, quelle que soit l'opinion qu'on se forme sur la question de savoir si l'usufruitier ordinaire est, à défaut d'inventaire, tenu de restituer les fruits par lui perçus, il est incontestable qu'une pareille pénalité ne saurait être appliquée au mari, qui, étant tenu de supporter les charges du ménage, à partir de la célébration du mariage, doit aussi jouir, à dater de la même époque, des fruits et revenus de la dot.

17 Arg. art. 601 et 1550. Delvincourt, III, p. 98. Battur, II, 503. Bellot des Minières, III, p. 347. Duranton, XV, 270. Odier, II, 950. Rodière et Pont, III, 2071. Troplong, III, 2248. Zachariæ, § 531, texte et note 11.

18 Nous croyons devoir adopter sur ce point l'opinion de Toullier (XIV, 23) et de M. Demolombe (IV, 314 à 316). Cette opinion toutefois est vivement combattue par plusieurs auteurs, qui prétendent que l'industrie est un capital dont les produits constituent de véritables fruits. Voy. Bellot des Minières, III, p. 349 et 350 ; Duranton, II, 480, XV, 259; Odier, II, 947; Marcadé, sur l'art. 1532, n° 3 ; Troplong, III, 2236; Zachariæ, § 531, texte et note 8. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas conforme aux idées reçues en jurisprudence. Si l'industrie peut, au point de vue économique, être considérée comme un capital, ce n'est pas une raison pour en conclure que les produits de l'industrie ne constituent, en tant qu'il s'agit de l'application des règles du Droit civil et de

faits par la femme dans un commerce séparé de celui du mari [19]. La femme demeure donc, sous la réserve de l'usufruit de ce dernier, propriétaire des capitaux provenants d'une pareille origine, et des acquisitions qu'elle a faites au moyen de ces capitaux. Toutefois, elle ne peut demander aucun compte des sommes qui, d'après les circonstances, sont à considérer comme ayant été abandonnées au mari pour subvenir aux charges du mariage, ni, à plus forte raison, de celles qu'elle a elle-même employées aux besoins du ménage [20].

c. Le mari n'est pas tenu personnellement des dettes de la femme antérieures au mariage. Les créanciers de celle-ci ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances que sur les biens de leur débitrice. Ils sont autorisés à se venger sur la pleine propriété de ces biens, lorsque l'existence de leurs créances antérieurement au mariage, est dûment établie à l'égard du mari [21]. Au cas con-

l'interprétation des conventions, que de simples fruits ou revenus. Les économies faites sur ces produits forment en réalité des acquêts, c'est-à-dire des biens nouveaux pour celui qui les a réalisées; et ce qui prouve que c'est bien ainsi que les rédacteurs du Code ont envisagé la question, c'est qu'ils ont indiqué, dans l'art. 1498, comme des acquêts de nature différente, ceux qui proviennent de l'industrie des époux, et ceux qui sont le résultat d'économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens. Nous ajouterons que le système des auteurs cités en dernier lieu tend à appliquer au régime exclusif de communauté, et ce sans aucune compensation pour la femme, les règles de la communauté légale ou de la communauté réduite aux acquêts.

[19] L'art. 220 fournit un nouvel argument à l'appui de cette solution spéciale. Si les obligations contractées par une femme marchande publique obligent le mari, lorsqu'il y a communauté entre les époux, c'est parce qu'il participe aux bénéfices du commerce. On doit en conclure, par une raison inverse, que si, en l'absence de communauté, le mari n'est pas tenu des engagements contractés par sa femme, marchande publique, c'est parce qu'il n'est pas appelé à prendre part aux bénéfices. Pardessus, *Droit commercial*, I, 68. Beliot des Minières, I, p. 256 et suiv.; III, p. 350 et 351.

[20] Ce tempérament, qui se justifie par un argument d'analogie tiré de l'art. 1578, nous paraît concilier, d'une manière équitable, les intérêts du mari et ceux de la femme.

[21] Duranton, XV, 291. Odier, II, 954. Troplong, III, 2268. Zachariæ, § 531, texte et note 13. Voy. en sens contraire: Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 4. Cet auteur prétend que, même dans l'hypothèse indiquée au texte, les créanciers de la femme ne peuvent agir que sur la nue propriété de ses biens; il se fonde sur ce que l'usufruit du mari constitue un droit réel que les créanciers,

traire, ils ne peuvent exercer leurs poursuites que sur la nue propriété [22].

Le principe que le mari n'est pas tenu personnellement des dettes de la femme, s'applique également à celles qu'elle peut avoir contractées pendant le mariage, fût-ce même avec son autorisation. Il en est ainsi notamment, des dettes grevant les successions échues à la femme, et des engagements qu'elle a pris comme marchande publique [23].

Du reste, lorsque, à défaut d'inventaire, le mobilier de la femme se trouve de fait confondu avec celui du mari, les créanciers sont admis à saisir tout le mobilier existant en la possession de ce dernier, sauf à lui à demander la distraction de ceux des objets saisis de la propriété desquels il justifierait d'une manière positive [24].

simplement chirographaires, de la femme sont tenus de respecter. Cet argument, qui serait concluant sans doute, s'il s'agissait d'un usufruit portant sur des objets particuliers, n'a aucune valeur, quand il est question, comme dans l'espèce, d'un usufruit qui s'étend à l'universalité des biens du débiteur. Cpr. art. 612. Aussi l'art. 1510 admet-il implicitement que, malgré la clause de séparation de dettes, et l'existence d'un inventaire établissant la consistance du mobilier de la femme, les créanciers de celle-ci sont en droit d'agir sur la pleine propriété de ses biens, sans que le mari puisse leur opposer le droit d'usufruit qui lui appartient comme chef de la communauté. L'arrêt de la Cour de Montpellier, du 13 juin 1840 (Sir., 40, 2, 413), qu'on cite ordinairement en sens contraire, peut très-bien se concilier avec notre manière de voir. Cet arrêt a annulé une saisie-arrêt pratiquée, entre les mains du mari, sur une somme de 3000 fr. que sa femme lui avait apportée en dot, somme dont il était devenu propriétaire, sous obligation seulement de restitution, lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, et qui ne pouvait dès lors être saisie au détriment de son droit de propriété.

[22] Arg. art. 1410 cbn. 1328. Duranton, XV, 392. Odier, *loc. cit.* Troplong, III, 2270. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, *loc. cit.*

[23] Art. 220 et arg. de cet article. Bellot des Minières, I, p. 256 et suiv.; III, p. 350 et 351. Demolombe, IV, 314 à 316. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. Troplong, III, 2271 à 2273. Ce dernier auteur admet la proposition principale énoncée au texte, ainsi que son application aux dettes grevant les successions échues à la femme ; mais il rejette cette application quant aux dettes contractées par la femme marchande publique, parce que, contrairement à l'opinion émise, texte et notes 18 et 19 *supra*, il attribue au mari, les bénéfices faits par cette dernière dans son commerce.

[24] Arg. art. 1510. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. IV, n° 16. Troplong, III, 2269. Cpr. Odier, II, 954 ; Marcadé, *loc. cit.*

d. Le droit d'administration et de jouissance du mari sur les biens de la femme cesse, non-seulement par la dissolution du mariage, mais encore par la séparation de corps ou de biens [25]. Art. 1531.

Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, le mari est tenu de restituer immédiatement les apports de la femme, soit à elle-même, soit à ses héritiers. Cette restitution doit se faire, sauf la modification établie par l'art. 1532, conformément aux règles ordinaires en matière d'usufruit, et non d'après les règles spéciales relatives à la restitution de la dot sous le régime dotal. Ainsi, les dispositions de l'al. 3 de l'art. 1565, de l'al. 2 de l'art. 1570, et de l'art. 1571 ne peuvent être étendues au régime exclusif de communauté [26]. Il en est de même de celles de l'art. 1569 [27], et du premier alinéa de l'art. 1570 [28].

Toutefois, en cas de prédécès du mari, la femme a droit aux frais de son deuil et de celui de ses domestiques [29].

Les futurs époux sont autorisés à modifier, selon leurs convenances, les effets de la clause d'exclusion de la communauté. Ainsi, ils peuvent, tout en déclarant se marier sans communauté, établir entre eux une société d'acquêts [30]. Ainsi encore, ils peuvent déclarer inaliénables les immeubles de la femme [31], ou convenir que celle-ci sera autorisée à toucher annuellement, sur ses seules quittances, une certaine portion de ses revenus. Art. 1534. Les

25 Pothier, n° 463. Duranton, XV, 273. Odier, II, 955. Marcadé, sur les art. 1529 à 1532, n° 3. Zachariæ, § 531, texte n° 2.

26 Voy. pour la justification de ces propositions : § 499, texte n° 2, et note 2.

27 Cpr. § 523, texte n° 3, note 28 ; § 540, texte n° 2.

28 Cpr. § 528, note 14. Duranton, XV, 301. Bellot des Minières, III, p. 352 et 353. Odier, II, 971. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 2078 ; Troplong, III, 2264.

29 Il résulte du rapprochement des art. 1481 et 1570, que le droit, pour la veuve, de se faire payer son deuil par la succession du mari est, en général, indépendant du régime sous lequel elle s'est mariée : *Non debet uxor, propriis sumptibus, lugere maritum*. Battur, II, 511. Duranton, XV, 302. Odier, II, 972. Rodière et Pont, III, 2079. Zachariæ, § 531, note 15, *in fine*. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, III, p. 357 à 359.

30 Maleville, sur l'art. 1581. Zachariæ, § 531, texte et note 16.

31 Voy. sur ce point : § 504, texte n° 2, et note 7. Zachariæ, § 531, texte et note 17.

économies que la femme peut faire sur les revenus qui lui ont été ainsi réservés, entrent dans son patrimoine [32].

§ 532.

b. *De la clause de séparation de biens.*

Les principes qui régissent la situation résultant d'une séparation de biens judiciaire sont, en général, également applicables au régime de séparation de biens contractuelle [1]. Il en est ainsi notamment, des règles relatives à la capacité de la femme [2], et de la disposition de l'art. 1450 [3].

Il existe cependant deux différences notables entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire.

1° Les époux séparés de biens par suite d'un jugement, sont tenus de contribuer aux frais du ménage et autres charges du mariage, proportionnellement à leurs facultés respectives. Art. 1448, al. 1. Au contraire, les futurs époux sont autorisés, en stipulant la séparation de biens, à fixer, comme ils l'entendent, la part pour laquelle chacun d'eux devra contribuer à ces frais et charges. Ils peuvent même convenir qu'ils seront exclusivement supportés par

[32] Pothier, n° 466. Battur, II, 507. Bellot des Minières, III, p. 349. Odier, II, 973. Zachariæ, § 531, texte et note 18. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 1534 et 1535, n° 1.

[1] Cpr. § 499, texte n° 4. Nous nous bornerons donc à renvoyer, pour l'explication des art. 1536, 1538 et 1539, au § 516, texte n° 5.

[2] Bellot des Minières, III, p. 366 à 368. Odier, II, 981. Demolombe, IV, 148. Marcadé, sur l'art. 1449, n° 4. Troplong, III, 2282. Paris, 11 mars 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 444. Voy. cep. Rodière et Pont, III, 2088. Suivant ces auteurs, la femme séparée de biens contractuellement, à la différence de la femme séparée de biens judiciairement, ne pourrait aliéner son mobilier sans l'autorisation du mari ou celle de la justice. Mais, en essayant de justifier cette distinction, ils n'ont pas tenu compte du premier alinéa de l'art. 1538, qui doit la faire rejeter.

[3] Bellot des Minières, IV, p. 302. Duranton, XV, 316. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 145. Marcadé, sur l'art. 1450, n° 3, et sur l'art. 1538, n° 1. Troplong, III, 2295. Zachariæ, § 516, note 55. Voy. en sens contraire : Odier, II, 984 et 985; Toulouse, 15 mai 1834, Sir., 35, 2, 17. Cpr. Req. rej., 13 août 1853, Sir., 63, 1, 473.

l'un d'eux [4]. A défaut de convention à cet égard, la femme contribue aux dépenses dont s'agit jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. Art. 1537.

Les conventions, expresses ou légalement présumées, relatives à la part pour laquelle la femme doit contribuer aux frais et charges du ménage, n'ont point un effet absolu, et sont susceptibles d'être modifiées, lorsque les revenus du mari sont insuffisants pour l'accomplissement de ses obligations. En pareil cas, les tribunaux sont autorisés à fixer *ex æquo et bono* la part pour laquelle la femme devra contribuer aux dépenses dont s'agit [5]. Le mari, ou la femme, pourrait même, selon les circonstances, être condamné à payer intégralement le montant de fournitures faites pour le ménage ou pour l'usage personnel de l'un d'eux [6].

2° Les époux qui ont adopté le régime de la séparation de biens, ne peuvent, pendant le mariage, en faire cesser les effets, en se soumettant au régime de la communauté [7]. Au contraire, les époux judiciairement séparés de biens, ont la faculté de rétablir, à chaque instant, la communauté, que le jugement de séparation avait fait cesser. Art. 1451.

Du reste, lorsque les époux ont stipulé la séparation de biens, la prudence leur conseille de faire constater, au moyen d'un état en bonne forme, la consistance du mobilier que la femme possède au jour de la célébration du mariage, et de celui qui lui échoit durant le mariage. A défaut d'un pareil état, les créanciers de chacun des époux sont en droit de saisir tout le mobilier qu'ils possèdent ensemble, sauf au conjoint non débiteur à demander la distraction de ceux des objets saisis de la propriété desquels il pourrait suffisamment justifier [8].

4 Zachariæ, § 532, note 1. Metz, 17 août 1858, Sir., 59, 2, 49.

5 Arg. art. 203 et 212. Cpr. art. 1448, al. 2. Seriziat, n° 320. Odier, III, 1465. Marcadé, sur les art. 1536 et 1537, n° 2. Troplong, IV, 3699. Req. rej., 2 juillet 1851, Sir., 51, 1, 509. Cpr. cep. Poitiers, 13 mai 1856, Sir., 57, 2, 516.

6 Req. rej., 27 janvier 1857, Sir., 57, 1, 162. Civ. rej., 20 avril 1864, Sir., 65, 1, 503.

7 Arg. art. 1395. Cpr. § 503 *bis*, texte n° 3, et note 14. Zachariæ, § 532, texte *in fine*.

8 L'art. 1510 n'est sans doute pas ici applicable. Aussi la proposition énoncée au texte ne repose-t-elle pas sur cet article, mais sur la considération que, si les

Dans les rapports des époux entre eux, la preuve de la consistance de leur mobilier respectif semble pouvoir se faire par témoins, même pour une valeur supérieure à 150 francs [9].

III. DU RÉGIME DOTAL.

§ 533.

Généralités sur le régime dotal. — 1° De la soumission à ce régime.

Le régime dotal est un régime qui, de sa nature, exclut toute idée de société de biens entre les époux. Il se distingue, des autres régimes matrimoniaux, par le caractère particulier des pouvoirs et des droits attribués au mari sur les biens dotaux, et par l'inaliénabilité dont ces biens sont frappés en principe.

Ce régime est, non-seulement exceptionnel en ce qu'il déroge au Droit commun en matière de conventions matrimoniales, mais encore exorbitant au point de vue des principes généraux du Droit, à raison de l'inaliénabilité qui y est attachée.

Aussi ne peut-il s'établir que par une déclaration expresse, c'est-à-dire par une clause, ou par un ensemble de clauses, qui,

créanciers de l'un et de l'autre époux ne pouvaient pas saisir tout le mobilier que ceux-ci possèdent en commun, ils seraient injustement privés du droit de saisir même le mobilier de leur débiteur, par l'impossibilité où ils se trouveraient de le distinguer de celui de son conjoint. Les droits de ce dernier ne sont d'ailleurs pas sacrifiés, puisque nous lui reconnaissons la faculté de demander, conformément à l'art. 608 du Code de procédure, la distraction des objets saisis de la propriété desquels il serait à même de justifier d'une manière suffisante. Cpr. Zachariæ, § 532, note 2.

9 Les époux ayant conservé, en pareil cas, la possession civile de leur mobilier respectif, la question de savoir si tel ou tel objet appartient au mari ou à la femme, n'est plus qu'une question de fait pur et simple, susceptible d'être établi par témoins. C'est ce qui a été reconnu, par la Cour d'Agen (14 mars 1833, Sir., 33, 2. 376) et par celle de Nîmes (20 janvier 1859, Sir., 59, 2, 75), dans des espèces où la femme s'était réservé comme paraphernaux tous ses biens sans distinction.

n'étant pas susceptible d'une autre interprétation, ne laisse aucun doute sur l'intention des parties [1].

Ainsi, la simple déclaration que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour emporter soumission au régime dotal. Art. 1392.

Il en est de même de la clause par laquelle la femme donne mandat au mari d'administrer ses biens, comme son procureur général et irrévocable [2].

Il en est encore ainsi de la stipulation que tous les biens présents et à venir de la femme lui seront dotaux [3], et même de celle

[1] L'art. 1392 exige, il est vrai, une déclaration expresse; mais il ne prescrit pas l'emploi de termes sacramentels, et ne requiert pas même une déclaration spéciale. On doit en conclure qu'il ne demande autre chose qu'une manifestation de volonté exclusive de toute ambiguïté, et sur le sens de laquelle les tiers ne puissent pas se méprendre. C'est évidemment là ce qui résulte de l'ensemble de cet article, et notamment de la disposition contenue dans son second alinéa. Bellot des Minières, IV, p. 3 à 8. Rodière et Pont, III, 1642. Marcadé, sur l'art. 1393, n° 3. Troplong, I, 148. Zachariæ, § 504, texte et note 24. Limoges, 7 juillet 1855, Sir., 55, 2, 679. Req. rej., 21 juin 1856, Sir., 56, 2, 679. Voy. cep. Toullier, XIV, 44 et 45; Duranton, XV, 323; Odier, III, 1064; Tessier, I, p. 21.

[2] Dans le ressort du Parlement de Grenoble, cette clause était considérée comme entraînant soumission au régime dotal. Grenoble, 11 janvier 1840, Sir., 44, 2, 328. Mais cette ancienne jurisprudence n'est plus compatible avec la disposition de l'art. 1392. Aussi la solution donnée au texte est-elle généralement admise. Benoît, *Des biens paraphernaux*, n° 7. Odier, III, 1068. Rodière et Pont, III, 1640. Troplong, I, 154. Grenoble, 12 février 1830, Sir., 32, 2, 637. Grenoble, 11 janvier 1840, Sir., 44, 2, 328. Grenoble, 8 décembre 1845, Sir., 46, 2, 463. Nîmes, 22 juillet 1851, Sir., 51, 2, 630. Req. rej., 10 mars 1858, Sir., 58, 1, 449. Grenoble, 27 décembre 1860, *Journ. de Grenoble et Chambéry*, 1861, p. 1.

[3] Une pareille clause peut, en effet, s'expliquer en ce sens, que la femme, sans vouloir se soumettre au régime dotal, a simplement entendu abandonner au mari l'administration et la jouissance de tous ses biens, comme cela a lieu sous le régime exclusif de communauté. Nous ne comprenons, d'ailleurs, pas, quelle différence il pourrait y avoir entre le cas où la femme aurait dit que tous ses biens lui seront dotaux, et celui où elle aurait déclaré qu'elle se constitue en dot tous ses biens. Or, d'après l'art. 1392, cette dernière déclaration n'emporte pas soumission au régime dotal. Toullier, XIV, 43. Duranton, XV, 328. Troplong, I, 155. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1393, n° 4; Rodière et Pont, III, 1643.

qui porterait que tels biens de la femme seront dotaux et tels autres paraphernaux[4].

Mais il en est autrement de la clause qui déclare dotaux et inaliénables tous les biens présents et à venir de la femme[5].

La soumission au régime dotal peut n'être que partielle ou relative, et se combiner avec l'adoption d'un autre régime. C'est ainsi que les futurs époux peuvent, tout en adoptant le régime de la communauté, déclarer dotaux et inaliénables les immeubles de la femme, ou certains de ces immeubles seulement[6]. Une pareille clause, bien que n'entrainant pas, même en ce qui concerne les immeubles qui en font l'objet, soumission complète au régime dotal, imprime cependant à ces immeubles le caractère d'inaliénabilité, avec les effets qui y sont attachés sous ce régime[7].

La soumission partielle au régime dotal ne peut, comme l'adoption de ce régime dans son ensemble, résulter que d'une déclaration expresse dans le sens ci-dessus indiqué[8].

Ainsi, la stipulation d'une condition de remploi pour le prix d'aliénation des immeubles de la femme, mariée sous le régime de la communauté ou sous un régime exclusif de communauté, et

[4] De ce que les parties ont opposé aux termes *biens dotaux*, les expressions *biens paraphernaux*, qui, dans l'exactitude du langage juridique, sont particulières au régime dotal, on ne saurait conclure avec certitude qu'elles ont entendu se soumettre à ce régime : il est possible, en effet, qu'elles aient simplement voulu exprimer par là l'idée que la femme, en abandonnant au mari l'administration et la jouissance de certains de ses biens, conserverait l'administration et la jouissance des autres ; ce qui peut avoir lieu sous le régime de communauté, ou sous le régime exclusif de communauté. Benoît, I, 5. Toullier, XIV, 45. Duranton, XV, 330 et 332. Tessier, I, p. 7. Odier, III, 1064. Req. rej., 11 juillet 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 1, 275. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 1643 ; Marcadé, *loc. cit.*; Troplong, I, 156 et 157.

[5] La clause qui, en déclarant dotaux tous les biens de la femme sans exception, les frappe en même temps d'inaliénabilité, ne peut s'expliquer que par l'intention des parties de se soumettre au régime dotal, lorsqu'elles n'en ont pas stipulé un autre.

[6] Voy. sur cette proposition : § 504, texte n° 2, notes 6 et 7.

[7] Rodière et Pont, III, 1644. Civ. cass., 24 août 1836, Sir., 36, 1, 913. Bordeaux, 8 janvier 1851, Sis., 52, 2, 401. Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. Cpr. Duranton, XV, 331 ; Odier, III, 1064.

[8] Cpr. Rouen, 11 juillet 1826, Sir., 27, 2, 15 ; Lyon, 15 avril 1846, Sir., 46, 2, 247 ; Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 467.

même des immeubles paraphernaux de la femme mariée sous le régime dotal [9], n'imprime pas à ces immeubles le caractère de la dotalité, et ne subordonne pas à la réalisation du remploi la validité de l'aliénation [10].

Ainsi encore, la clause d'un contrat de mariage portant que la femme, en cas de renonciation, reprendra son apport franc et quitte de toutes dettes de la communauté, de celles-là même auxquelles elle se serait obligée conjointement ou solidairement avec le mari, ou au paiement desquelles elle aurait été condamnée avec lui, n'a pas pour effet de soumettre cet apport au régime dotal et de le frapper d'inaliénabilité [11].

[9] Voy. § 541, texte et note 6.

[10] Une stipulation de remploi se comprend très-bien comme obligation imposée au mari, même pour des biens dont les époux entendent se réserver la libre disposition, et n'implique pas nécessairement de leur part l'intention de se soumettre, quant à ces biens, au régime dotal. Rodière et Pont, I, 696. Troplong, II, 1076 à 1085. Toulouse, 14 mars 1830, Sir., 30, 2, 242. Civ. cass., 29 décembre 1841, Sir., 42, 1, 5. Req. rej., 28 août 1847, Sir., 47, 1, 657. Bordeaux, 11 mai 1848, Sir., 48, 2, 482. Req. rej., 13 février 1850, Sir., 50, 1, 353. Nîmes, 23 juillet 1851, Sir., 51, 2, 630. Civ. cass., 6 novembre 1854, Sir., 54, 1, 712. Lyon, 11 juillet 1857, Sir., 58, 2, 6. Riom, 31 mai 1858, Sir., 58, 2, 579. Chamb. réun. cass., 8 janvier 1858, Sir., 58, 1, 417. Civ. cass., 1er mars 1859, Sir., 59, 1, 402. Lyon, 14 janvier 1868, Sir., 68, 2, 7. Voy. également dans ce sens : les arrêts cités à la note 6 du § 533 *bis*, et à la note 5 du § 541. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 7; Odier, I, 316; Lyon, 31 mars 1840, Sir., 40, 2, 323; Caen, 21 février 1845, Sir., 45, 2, 553; Caen, 27 décembre 1850, Sir., 51, 2, 410; Caen, 8 avril 1867, Sir., 67, 2, 356. — En supposant que, d'après les termes dans lesquels elle est conçue, la clause de remploi, stipulée dans un contrat de mariage qui établit le régime de la communauté, fût exceptionnellement opposable aux tiers, la femme ne serait autorisée à s'en prévaloir, que pour contester la validité du paiement fait sans remploi entre les mains du mari, et non pour demander l'annulation de l'aliénation elle-même. Cpr. § 510, texte n° 3. La nullité du paiement ne pourrait, le cas échéant, donner lieu qu'à une action en résolution, d'ailleurs soumise à toutes les règles de conservation relatives à de pareilles actions. Rodière et Pont, I, 697.

[11] La clause par laquelle la femme est, en cas de renonciation à la communauté, autorisée à reprendre son apport franc et quitte, ne concerne, de sa nature, que les rapports des époux entre eux; et la stipulation accessoire que la reprise s'exercera même avec franchise des dettes auxquelles la femme se serait obligée, ou pour lesquelles elle aurait été condamnée, ne nous paraît pas assez

Cette solution devrait être suivie, dans le cas même où il aurait été déclaré accessoirement à la clause dont s'agit, que la femme exercerait la reprise de ses apports par privilége ou par préférence aux créanciers de la communauté [12].

positive pour rendre la clause opposable aux tiers, ni surtout pour imprimer le caractère de la dotalité à l'apport mobilier d'une femme mariée sous le régime de la communauté. En vain dit-on que la stipulation accessoire dont il vient d'être parlé serait surabondante et sans objet, si la femme n'était pas autorisée à s'en prévaloir vis-à-vis de ses créanciers. L'objection n'est pas complétement exacte, puisque cette stipulation a pu être ajoutée pour mieux faire ressortir l'idée que la femme sera autorisée, non-seulement à reprendre son apport sans être tenue des dettes de la communauté contractées par le mari seul, mais même à réclamer de ce dernier une indemnité pour celles de ces dettes auxquelles elle se trouverait personnellement obligée. D'ailleurs, la stipulation fût-elle surabondante, ce ne serait pas une raison pour l'interpréter au détriment des tiers, qui, eu égard au régime de communauté sous lequel les époux se sont mariés, ont fort bien pu n'y voir qu'une simple modification de ce régime. Rien ne serait plus dangereux, en matière de contrats de mariage, qu'un système d'interprétation, suivant lequel il faudrait nécessairement étendre la portée de clauses souvent rédigées d'une manière peu intelligente, par cela seul qu'elles seraient sans objet, si on ne devait les considérer que comme renfermant la reproduction ou l'explication des dispositions de la loi. Pont, *Revue critique,* 1856, IX, p. 522 et suiv., n[os] 49 à 52. Gauthier, *Dissertation,* Sir., 57, 2, 673, à la note. Dijon, 3 avril 1855, Sir., 55, 2, 209. Bordeaux, 19 février 1857, Sir., 57, 2, 673. Paris, 21 janvier 1858, Limoges, 6 mars 1858, Nancy, 10 décembre 1857, Bordeaux, 21 décembre 1857, Sir., 58, 2, 314 à 322. Riom, 31 mai 1858, Sir., 58, 2, 579. Voy. en sens contraire : Olivier, *Revue pratique,* 1857, III, p. 529 et suiv. La Cour de cassation s'était également, dans le principe, prononcée en ce sens. Voy. Civ. rej., 7 février 1855, Sir., 55, 1, 580 ; Req. rej., 16 février 1856, Sir., 56, 1, 411. Plus tard, elle rejeta les pourvois formés contre diverses décisions qui avaient restreint l'effet de la clause dont nous nous occupons aux rapports des époux entre eux, mais en se fondant sur ce que les contrats de mariage à l'occasion desquels ces décisions avaient été rendues, renfermaient des énonciations spéciales, d'où on avait pu et dû conclure que telle était effectivement l'intention des parties. Voy. Req. rej., 14 et 15 décembre 1858, Sir., 59, 1, 229 à 233. Enfin, par sa dernière jurisprudence, elle nous paraît avoir définitivement abandonné le système d'interprétation qu'elle avait admis à tort, selon nous, dans ses premiers arrêts. Voy. Req. rej., 29 janvier 1866, Sir., 66, 1, 141 ; Civ. rej., 21 décembre 1869, Sir., 70, 1, 161.

[12] Cette clause additionnelle paraît avoir été insérée dans les contrats de mariage par référence à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait admis, pendant un certain temps, que la femme, même renonçante, pouvait exercer ses reprises, sur les biens de la communauté, à titre de propriétaire, et conséquem-

Mais, s'il avait été formellement déclaré que la femme exercerait ses reprises, même au préjudice des créanciers de la communauté vis-à-vis desquels elle se serait personnellement obligée, ou envers lesquels elle aurait été condamnée, ces créanciers ne pourraient pas, dans le système du moins de l'inaliénabilité de la dot mobilière, saisir, après la dissolution de la communauté, les effets ou valeurs formant l'objet des reprises de leur débitrice; et, d'un autre côté, toutes subrogations qu'elle aurait consenties à son hypothèque légale, seraient sans effet en ce qui concerne ces reprises [13].

ment par préférence aux créanciers de cette dernière. Mais la Cour de cassation étant revenue sur cette jurisprudence par son arrêt solennel du 16 janvier 1858 (Sir., 58, 1, 10), la clause dont s'agit doit rester sans effet, puisqu'il est de principe incontestable qu'on ne peut créer de privilége par convention. Cette clause d'ailleurs, d'après les termes dans lesquels elle est conçue, ne serait point, à notre avis, opposable aux créanciers envers lesquels la femme s'est personnellement obligée, et ne les empêcherait pas de saisir les effets ou vafeurs formant l'objet de ses reprises.

[13] Dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, et en présence du principe de la liberté des conventions matrimoniales, il paraît difficile de contester à la femme, la faculté de stipuler la clause de franc et quitte de manière à la rendre opposable même aux créanciers de la communauté envers lesquels elle se serait personnellement obligée ; et la légalité de la clause une fois admise, les effets indiqués au texte en découlent nécessairement. Sous ce rapport, nous croyons devoir nous écarter de l'opinion de M. Pont, qui (*op. cit.*, p. 536, n° 54) rejette la clause dont s'agit, comme subordonnant à la volonté de la femme, le régime sous lequel elle se trouvera mariée, en ce que, suivant qu'elle acceptera ou renoncera, elle restera, pour tous ses biens, soumise au régime de communauté, ou sera placée, quant à ses apports mobiliers, sous l'égide du régime dotal. Cette argumentation ne nous semble pas exacte, puisqu'en réalité ce n'est point entre ces deux régimes que la femme est appelée à choisir, mais seulement entre l'acceptation ou la répudiation de la communauté, et que la soumission partielle au régime dotal qu'entraînera sa renonciation, ne sera que le résultat d'une option que la loi lui accorde. La question, en définitive, se réduit à savoir si, tout en se mariant sous le régime de la communauté, les futurs époux ont la faculté d'attacher à la renonciation éventuelle de la femme, des effets plus étendus que ceux qui en découlent de plein droit, de manière à lui assurer, quant à son apport mobilier, les garanties du régime dotal. Or, la solution affirmative de la question ainsi posée ne nous paraît pas devoir souffrir difficulté : il est, en effet, généralement admis que les époux peuvent, dans leurs conventions matrimoniales, combiner le régime dotal avec celui de la communauté. Voy. en ce sens : Olivier, *op. cit.*, p. 551 et 552. Cpr. Civ. rej., 21 décembre 1869, Sir., 70, 1, 161.

§ 533 *bis.*

2° *De la distinction des biens de la femme, en dotaux et en paraphernaux.*

Les biens de la femme mariée sous le régime dotal sont, ou dotaux, ou paraphernaux.

Le régime dotal suppose l'existence actuelle, ou tout au moins éventuelle, de biens dotaux. Si le contrat de mariage ne contenait aucune constitution de dot, et, à plus forte raison, s'il avait déclaré paraphernaux tous les biens présents et à venir de la femme, les époux, quoique s'étant formellement soumis au régime dotal, seraient, en réalité, mariés sous un régime équivalent à celui de la séparation de biens.

Au contraire, le régime dotal n'implique pas nécessairement l'existence de biens paraphernaux. Rien n'empêche que tous les biens de la femme ne soient stipulés dotaux. Art. 1542.

La simple déclaration, faite par les époux, qu'ils entendent se soumettre au régime dotal, ne suffit pas pour frapper de dotalité quelque partie que ce soit des biens de la femme[1]. Le caractère dotal n'appartient qu'aux biens auxquels il a été attribué par contrat de mariage, et à ceux qui ont été donnés à la femme en contrat de mariage. Art. 1541. Tous les autres biens de celle-ci sont paraphernaux. Art. 1574.

La volonté de rendre dotaux tels ou tels biens de la femme, n'est cependant soumise, pour son expression, à l'emploi d'aucuns termes sacramentels. Elle peut résulter virtuellement ou implicitement de toute clause ou énonciation de nature à manifester claire-

[1] Arg. art. 1541 cbn. 1574. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 2, n° 12. Benoît, *De la dot*, I, 4; *Des biens paraphernaux*, n° 6. Toullier, XIV, 357 et 358. Tessier, I, p. 32. Duranton, XV, 336. Sériziat, n°s 16 à 18. Odier, III, 1054 à 1060. Rodière et Pont, III, 1664. Marcadé, sur l'art. 1541, n° 2. Troplong, IV, 3028. Zachariæ, § 533, texte et note 2. Limoges, 4 août 1827, Sir., 28, 2, 82. Req. rej., 9 juin 1829, Sir., 29, 1, 313. Bordeaux, 20 janvier 1832, Sir., 32, 2, 277. Caen, 23 juin 1841, Sir., 43, 1, 165. Req. rej., 9 août 1858, Sir., 59, 1, 19. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 451 à 456.

ment l'intention des parties à cet égard [2]. Ainsi, lorsque les époux se sont mariés sous le régime dotal, on doit considérer comme dotaux, non-seulement les biens que la femme a déclarés tels, ceux qu'elle s'est constitués en dot, ou même simplement constitués, mais encore les biens qu'elle a affectés aux charges du mariage, ceux dont elle a conféré au mari l'administration et la jouissance, et même ceux que, sans autre explication, elle a déclaré apporter à ce dernier [3]. Il y a mieux, par cela seul que la femme s'est réservé certains biens comme paraphernaux, les autres sont à considérer comme dotaux [4].

Mais la simple désignation dans un contrat de mariage, contint-il soumission au régime dotal, des biens possédés par la femme au moment où elle se marie, ne suffit pas pour en faire des biens dotaux. D'un autre côté, la clause par laquelle la femme, même mariée sous le régime dotal, donne au mari le mandat d'administrer tous ses biens, est également insuffisante, alors du moins qu'il existe une constitution formelle de dot restreinte à certains biens, pour rendre dotaux les biens non compris dans cette constitution [5].

[2] Merlin, *op. et loc. citt.* Toullier, XIV, 49. Tessier, I, p. 11. Duranton, XV, 338. Sériziat, n° 7. Taulier, V, p. 229. Odier, III, 1062 et suiv. Rodière et Pont, III, 1650 et suiv. Marcadé, sur l'art. 1541, n° 1. Troplong, IV, 3029 et 3031.

[3] Req. rej., 16 août 1843, Sir., 43, 1, 764. Voy. aussi : Req. rej., 14 février 1866, Sir., 66, 1, 203.

[4] Duranton, XV, 337. Tessier, I, p. 35. Odier, III, 1069. Rodière et Pont, III, 1652. Troplong, *loc. cit.* Zachariæ, § 533, note 2, *in fine*. Req. rej., 16 novembre 1847, Sir., 48, 1, 25.

[5] Le contraire a été jugé par la Cour de Grenoble, dans des espèces identiques à celle qui se trouve indiquée au texte. Voy. Grenoble, 4 mars 1848 et 12 juillet 1850, Sir., 48, 2, 439 et 51, 2, 409. Cpr. aussi : Req. rej., 11 floréal an XI, Sir., 3, 1, 264. Mais ces désisions ne reposent que sur une interprétation hasardée. La femme pouvant, par contrat de mariage, charger son mari de l'administration de ses paraphernaux, la procuration qu'elle lui donne de gérer tout ou partie de ses biens, n'implique en aucune façon, fût-elle générale et irrévocable, l'intention de rendre dotaux les biens auxquels elle s'applique. La question serait plus délicate si, tout en portant soumission au régime dotal, le contrat de mariage ne renfermait cependant aucune constitution formelle de dot ; on pourrait alors, en effet, plus facilement admettre une constitution implicite. Cependant nous pensons que, même dans cette hypothèse, une solution semblable devrait être admise, puisque de sa nature, et à moins de dispense expresse, le mandat emporte

Enfin, la condition de remploi n'imprime pas à elle seule, même sous le régime dotal, le caractère de la dotalité aux biens à l'égard desquels elle a été stipulée [6].

En général, le doute qui peut s'élever sur la question de savoir si tels ou tels biens de la femme ont ou non été implicitement constitués en dot, doit se résoudre contre la dotalité de ces biens [7].

Les biens donnés à la femme en contrat de mariage [8] sont, sauf stipulation contraire [9], dotaux de plein droit, parce qu'ils sont présumés avoir été donnés pour subvenir aux charges du mariage [10].

l'obligation de rendre compte des fruits et revenus, et que cette obligation est exclusive de toute idée de dotalité. Voy. en ce sens : Benoît, *Des biens paraphernaux*, n° 7; Odier, III, 1068. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 1651.

[6] Cpr. § 533, texte et note 9 ; § 541, texte et note 5. Riom, 19 août 1851, Sir., 52, 2, 54. Req. rej., 9 août 1858, Sir., 59, 1, 19.

[7] Tessier, I, p. 36, note 52; p. 95, notes 160 et 162. Odier, III, 1076. Rodière et Pont, III, 1662. Troplong, IV, 3039 et suiv. Zachariæ, § 533, note 3. Cpr. cep. Bordeaux, 27 juillet 1852, Sir., 53, 2, 78. — *Quid* de la clause par laquelle les époux déclarent *se prendre avec leurs biens et droits?* Cette clause, usitée dans le ressort du Parlement et de la Cour de Bordeaux, y a toujours été considérée, au témoignage de M. Tessier (I, p. 12, al. 1), comme emportant constitution dotale des biens présents de la femme. Cpr. aussi : Toulouse, 12 juin 1860, Sir., 60, 2, 515. A notre avis, la solution devrait être différente dans les pays où il n'existerait pas un usage constant en faveur de cette interprétation, parce que la clause dont s'agit, portant sur les biens et les droits des deux époux, et supposant, par conséquent, une certaine réciprocité entre eux, n'est point assez précise, pour qu'on puisse en conclure avec certitude que la femme, quoique ne devant acquérir aucun droit sur les biens du mari, ait entendu lui conférer l'administration et la jouissance des siens. Odier, III, 1067. Marcadé, sur l'art. 1541, n° 1. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 1652; Troplong, IV, 3030.

[8] Les biens donnés à la femme, même en faveur de son mariage, mais en dehors du contrat de mariage, ne sont point, comme tels, frappés de dotalité. Rodière et Pont, III, 1971.

[9] Rodière et Pont, III, 1970. — Cette stipulation ne peut, en général, s'induire d'une clause de paraphernalité qui ne serait pas spéciale aux biens donnés. Bordeaux, 6 juin 1848, *Journ. du Pal.*, 1858, I, p. 625. Req. rej., 27 février 1856, Sir., 56, 1, 507. Nîmes, 1er février 1857, Sir., 57, 2, 477.

[10] La jurisprudence des parlements variait autrefois sur la question de savoir si les biens donnés à la femme en contrat de mariage devaient, en l'absence de déclaration contraire, être considérés comme dotaux. Voy. Maleville, sur l'art. 1541 ; Benoît, I, 4; Tessier, I, p. 20, note 39; Troplong, IV, 3032.

Art. 1541. Cette règle ne s'applique pas aux biens donnés par le mari [11], lesquels sont à considérer comme paraphernaux, dans l'hypothèse même où la constitution dotale comprendrait tous les biens présents et à venir de la femme [12].

La constitution peut, du reste, être restreinte à une portion aliquote, la moitié, par exemple, ou le tiers, de l'ensemble des biens de la femme, ou de certains objets spécialement déterminés. En pareil cas, les mêmes biens sont en partie dotaux, et en partie paraphernaux [13].

11 Tessier, I, p. 16, note 38. Odier, III, 1071. Troplong, IV, 3037. Marcadé, sur les art. 1540 et 1541, n° 1. Bordeaux, 3 août 1832, Sir., 33, 2, 34. Aix, 19 janvier 1844. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 334 ; Rodière et Pont, III, 1647 ; Bordeaux, 30 avril 1850, Sir., 51, 2, 65. On peut dire, à la vérité, en faveur de cette dernière opinion, que l'art. 1541 attribue le caractère dotal à tous les biens donnés à la femme en contrat de mariage, sans en excepter ceux qui proviennent du mari. Mais cette exception n'avait pas besoin d'être exprimée, puisqu'elle résultait virtuellement de l'idée fondamentale de la dot, telle qu'elle se trouve définie par l'art. 1540. — La proposition énoncée au texte est, du reste, généralement admise pour le cas où la donation porte, non sur des biens présents, mais sur des biens à venir. Tessier, Rodière et Pont, *locc. citt.* Aix, 19 janvier 1844, Sir., 44, 2, 247. Bordeaux, 30 avril 1850, Sir., 51, 2, 65.

12 Les auteurs que nous avons cités à la note précédente en faveur de notre opinion, se divisent sur ce point particulier. Suivant MM. Tessier et Odier (*locc. citt.*), les biens donnés par le mari à la femme qui s'est constitué en dot ses biens présents et à venir, se trouveraient compris dans cette constitution. A notre avis, la circonstance d'une constitution de tous biens présents et à venir n'est pas de nature à modifier la solution de la question. Si l'art. 1540 est assez puissant pour faire admettre une exception virtuelle à la seconde disposition de l'art. 1541, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas suffisant pour justifier la même exception en ce qui concerne la première partie de cet article. Voy. en ce sens : Troplong et Marcadé, *locc. citt.*

13 Voy. sur le droit de poursuite des créanciers de la femme, dans cette hypothèse : § 538, texte *in fine*.

A. DES BIENS DOTAUX.

§ 534.

De la constitution de dot.

Les principes généraux sur la constitution de dot ayant été développés au § 500, nous nous bornerons à exposer ici les règles de cette matière, qui se rattachent plus spécialement au régime dotal [1].

1° La femme peut se constituer en dot, soit la totalité ou une quote-part de ses biens présents et à venir, soit la totalité ou une quote-part de ses biens présents ou de ses biens à venir seulement, soit enfin un ou plusieurs objets spécialement déterminés. Art. 1542, al. 1 [2].

La constitution de biens présents comprend tous les objets sur lesquels la femme avait, au moment de la passation du contrat de mariage, un droit déjà ouvert, ou même un droit simplement éventuel, mais susceptible de se réaliser avec effet rétroactif. Ainsi, les biens grevés de restitution au profit de la femme sont à considérer comme faisant partie d'une constitution de biens présents, à quelque époque que la substitution vienne à s'ouvrir [3]. Mais il en serait autrement des biens qui écherraient à la femme par suite d'une institution contractuelle non encore ouverte lors du contrat de mariage [4], ainsi que de ceux qu'elle acquerrait par l'exercice d'un retrait successoral, alors même que la cession de droits successifs serait antérieure à la constitution dotale [5].

1 Ainsi, on ne rappellera point ici les dispositions des art. 1544 à 1548, qui ont été expliquées au § 500.

2 La disposition du premier alinéa de l'art. 1542 n'est qu'énonciative ; il est hors de doute, quoique cet article ne le dise pas d'une manière expresse, que la constitution dotale peut être restreinte, soit aux biens à venir, soit à une quote-part des biens présents ou des biens à venir.

3 Duranton, XV, 349. Rodière et Pont, III, 1656. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 108, note 190 ; Odier, III, 1087.

4 Cpr. § 739, texte n° 3. Tessier, et Rodière et Pont, *locc. citt.*

5 Civ. rej., 31 mai 1859, Sir., 59, 1, 662.

A part ces indications particulières, nous nous bornerons à renvoyer, pour le développement de la règle ci-dessus posée, aux explications données aux §§ 507 et 523.

La constitution de biens à venir comprend toutes les acquisitions faites par la femme à titre gratuit, à partir de la passation du contrat de mariage jusqu'à la dissolution de l'union conjugale [6], à l'exception seulement de celles qu'à raison de la rétroactivité qui y serait attachée, on devrait considérer, d'après ce qui a été dit ci-dessus, comme faisant partie de ses biens présents. Elle comprend également les produits ou bénéfices que, dans le même intervalle, la femme a retirés de l'exercice d'une industrie personnelle, ou d'un commerce distinct et indépendant de celui du mari [7].

[6] La séparation de biens n'empêche pas que les biens échus à la femme postérieurement au jugement qui l'a prononcée, ne revêtent le caractère de biens dotaux. Cpr. § 539, texte n° 1, et note 1.

[7] Nous croyons devoir appliquer ici des idées analogues à celles que nous avons développées au § 531, texte et notes 17 à 19. Ces idées nous conduisent à décider : 1° que les capitaux acquis par la femme dans l'exercice d'une industrie personnelle, ou d'un commerce distinct de celui du mari, n'appartiennent pas à ce dernier à titre de fruits, mais forment de véritables acquêts, qui, sous l'empire d'une constitution dotale comprenant tous les biens à venir, revêtent le caractère de biens dotaux; 2° que le mari ne devrait cependant aucun compte à la femme des produits journaliers qui, d'après les circonstances, seraient à considérer comme lui ayant été abandonnés pour subvenir aux besoins du ménage; 3° que, dans le cas d'une constitution de tous biens présents seulement, les capitaux acquis par la femme resteraient en dehors de la constitution de dot, et demeureraient paraphernaux. Voy. en ce sens : Sériziat, n°s 3 à 6, et 321; Rodière et Pont, III, 1975; Taulier, V, p. 233 et 382. Cpr. Toulouse, 2 août 1825, Sir., 26, 2, 21; Toulouse, 17 décembre 1831, Sir., 32, 2, 585. Deux autres systèmes ont été proposés sur ce point. Suivant Marcadé (sur les art. 1540 et 1541, n° 2) et Troplong (IV, 3016), l'industrie de la femme formerait en soi un véritable bien, qui se trouverait compris dans une constitution générale de dot, et dont tous les produits dès lors appartiendraient au mari, à titre de fruits, sans aucune obligation de restitution. Voy. également dans ce sens : Zachariæ, § 535, note 5. Nous avons déjà réfuté cette manière de voir au § 531, *loc. cit.* D'après un second système, défendu par M. Demolombe (IV, 315 et 316), l'industrie de la femme serait attachée d'une manière si intime à sa personnalité, que les produits mêmes de cette industrie ne sauraient être considérés comme compris dans une constitution de tous biens à venir, et formeraient, par conséquent, des paraphernaux. Mais cette opinion, dans le développement de laquelle notre savant collègue confond, ou du moins ne distingue pas d'une manière suffisante, le point de droit et le point de fait, ne nous paraît

Mais la constitution de biens à venir ne s'étend pas à la part éventuelle de la femme dans une société d'acquêts, stipulée accessoirement au régime dotal [8].

Les biens échus à la femme ou acquis par elle postérieurement à la dissolution du mariage, ne sont pas compris dans une constitution de biens à venir [9].

admissible, ni sous l'un, ni sous l'autre rapport. On peut, sans doute, discuter, en thèse abstraite, la question de savoir si l'industrie d'une personne est en elle-même susceptible ou non d'être aliénée. Mais quelque opinion que l'on se forme à cet égard, il restera toujours certain que les produits éventuels de cette industrie sont susceptibles de former l'objet d'une convention, et, par suite, d'être compris dans une constitution de dot. Cpr. art. 1833. Or, à notre avis, ils doivent, en général, et sauf interprétation contraire de la volonté des parties, être considérés comme faisant partie d'une constitution dotale de tous biens à venir, par cela même qu'ils n'en ont pas été exceptés. En vain M. Demolombe dit-il que les capitaux provenant de l'industrie personnelle de la femme, sont le résultat *d'une qualité essentiellement paraphernale*. Il est, en effet, peu juridique d'étendre à de simples qualités ou aptitudes, une distinction qui ne s'applique qu'à des biens proprement dits ; et, d'un autre côté, la proposition à laquelle nous répondons n'est, au fond, qu'une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir s'il est ou non permis de constituer en dot les produits d'une industrie. Nous ferons enfin remarquer que l'opinion émise par cet auteur sur la question actuelle ne se concilie guère avec celle qu'il adopte en matière de régime exclusif de communauté, sous l'empire duquel il n'hésite pas à attribuer au mari, la jouissance des capitaux provenant de l'industrie de la femme. En effet, il reconnaît par là, d'une part, que la femme peut, par contrat de mariage, conférer au mari un droit d'usufruit sur les produits éventuels de son industrie, et, d'autre part, qu'elle le fait virtuellement en se soumettant au régime exclusif de communauté. Or, nous ne voyons pas pourquoi la femme ne pourrait pas le faire également en se soumettant au régime dotal, et pourquoi elle ne serait pas censée l'avoir fait en constituant en dot tous ses biens à venir. Le régime exclusif de communauté n'empêche pas que la femme ne se réserve valablement la jouissance de certains biens ; et, si le système que nous combattons était exact, on devrait, pour être conséquent, en conclure, contrairement à l'opinion professée par M. Demolombe, qu'une pareille réserve existe de plein droit, en ce qui concerne les produits éventuels de l'industrie personnelle de la femme.

[8] Cpr. art. 1581, et § 541 *bis*. Troplong, III, 1910. Rouen, 25 juin 1844, Sir., 44, 2, 665. Civ. rej., 29 juin 1847, Sir., 47, 1, 606.

[9] Demolombe, *Revue de législation*, 1835, II, p. 282, et Sir., 35, 2, 564. Odier, III, 1076. Rodière et Pont, III, 1659. Troplong, IV, 3314. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 8. Zachariæ, § 534, note 1. Caen, 26 juin 1835, Sir., 35, 2, 564. Civ. cass., 7 décembre 1842, Sir., 43, 1, 131.

La constitution de dot doit être interprétée restrictivement en ce qui concerne les biens qui en forment l'objet. Ainsi, par exemple, lorsque la femme a déclaré, en termes généraux, se constituer tous ses biens, la constitution ne comprend que les biens présents [10]. Art. 1542, al. 2. On doit également conclure de cette règle que la constitution, soit de tous biens présents, soit de tous biens à venir, n'est censée faite que sous déduction des dettes dont se trouvaient grevés les biens constitués en dot, et qu'ainsi le mari ne pourrait exiger que la femme acquittât ces dettes sur ses paraphernaux [11].

2° La dot ne peut être constituée, ni même augmentée, durant le mariage [12]. Art. 1543. Toute convention par laquelle les époux attribueraient le caractère de dotalité à des biens auxquels il n'appartiendrait pas d'après le contrat de mariage, serait à considérer comme non avenue. Il y a mieux, les objets donnés ou légués, durant le mariage, sous condition de dotalité, à une femme qui ne s'est constitué que ses biens présents, ne deviennent pas dotaux, la condition de dotalité devant être réputée non écrite [13].

10 Zachariæ, § 533, note 3. Cpr. Caen, 27 décembre 1850, Sir., 51, 2, 410; Req. rej., 10 mars 1858, Sir., 58, 1, 449; Req. rej., 9 août 1858, Sir., 59, 1, 19.

11 *Bona non sunt, nisi deducto ære alieno*. Duranton, XV, 353. Odier, III, 1088. Troplong, IV, 3053. Marcadé, sur les art. 1542 et 1543, n° 1. Paris, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 97. Caen, 19 juin 1852, et Rouen, 19 août 1852, Sir., 56, 2, 129 et 135. — Toutefois, il ne faut pas conclure de la maxime précitée, que les époux puissent, pour payer les dettes grevant une succession échue à la femme et comprise dans sa constitution dotale, vendre les immeubles de cette succession sans permission de justice. Cpr. § 537, texte n° 6, lett. *a*.

12 En Droit romain, la dot pouvait être, non-seulement augmentée, mais même constituée pendant le mariage. Cpr. § 3, *Inst. de donat.* (2, 7). Les Parlements des pays de Droit écrit, frappés des dangers que cette législation présentait pour les tiers, proscrivirent les constitutions de dot faites après le mariage, et n'admirent l'augmentation de dot durant le mariage, qu'avec de certaines restrictions destinées à garantir les intérêts des tiers. Les rédacteurs du projet du Code pensèrent que ces restrictions mêmes étaient insuffisantes pour écarter toute possibilité de fraude; et leur manière de voir fut, après discussion, adoptée par le Conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 229, n° 8.

13 Arg. art. 1543 cbn. 900. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 2, n° 14. Benoît, I, 29. Bellot des Minières, IV, p. 37. Tessier, I, p. 47. Toullier, XIV, 63. Duranton, XV, 358 et 359. Odier, III, 1098. Rodière et Pont, III, 1678. Marcadé, sur l'art. 1543, n° 2. Troplong, IV, 3058. Zachariæ, § 534, texte et note 3. —

Cependant rien ne s'oppose à ce que le donateur ou testateur attribue au mari l'usufruit des biens donnés ou légués à la femme [14]; et l'on pourrait même, suivant les circonstances, présumer que telle a été simplement son intention en les déclarant dotaux.

La défense établie par l'art. 1543 ne s'applique pas aux accroissements naturels que recevraient les biens dotaux par alluvion ou accession : ces accroissements suivent le sort des biens auxquels ils viennent s'ajouter.

Les constructions élevées sur un fonds dotal sont donc dotales, comme le fonds dont elles deviennent l'accessoire [15].

Il en est de même de la jouissance des biens dotaux, dans le cas où, par suite de l'extinction de l'usufruit dont ils se trouvaient grevés, lors de la passation du contrat de mariage, elle viendrait à faire retour, durant le mariage, à la nue propriété de ces biens [16].

La proposition énoncée au texte, sur laquelle on est généralement d'accord, prouve que l'art. 1543 va plus loin que l'art. 1395, et que c'est à tort que certains auteurs n'ont vu dans le premier de ces articles, qu'une application de la règle posée par le second. En effet, l'art. 1395 n'empêche pas que, sous le régime de communauté, le donateur ou testateur ne puisse exclure de la communauté ou y faire tomber les objets par lui donnés ou légués, bien que, d'après le contrat de mariage, ils dussent y entrer ou s'en trouver exclus. Art. 1401, n° 1, et 1405. L'art. 1395 serait donc à lui seul insuffisant pour justifier notre proposition, qui ne peut se déduire que de la défense spéciale portée par l'art. 1543.

14 C'est en vue de garantir les intérêts des tiers que l'art. 1543 défend d'augmenter la dot durant le mariage. Or, on ne voit pas en quoi ces intérêts seraient compromis par une disposition dans laquelle le donateur ou testateur partagerait sa libéralité entre le mari et la femme, en attribuant au premier, l'usufruit des biens donnés ou légués à la seconde. Odier, III, 1099. Rodière et Pont, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.*, à la note. Zachariæ, *loc. cit.* — Le donateur ou testateur pourrait-il apposer à sa disposition, la condition que les biens donnés ou légués seront inaliénables pendant le mariage? Voy. pour la négative : § 692, texte *in fine*; Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.*; Troplong, IV, 3059 et suiv.; Zachariæ, *loc. cit.* Voy. pour l'affirmative : Duranton, XV, 360; Sériziat, n° 25; Odier, III, 1100.

15 Civ. cass., 29 août 1860, Sir., 61, 1, 9. Rouen, 2 mai 1861, Sir., 62, 2, 171. Cpr. Caen, 19 et 20 juillet 1866, Pal., 1867, 2, 932. Voy. cep. Rodière et Pont, III, 1683.

16 Cpr. L. 4, *D. de jur. dot.* (23, 3). Benoît, *De la dot*, I, 67. Sériziat, n° 323. Marcadé, sur l'art. 1543, n° 2.

3° La dot n'est pas non plus susceptible d'être diminuée pendant le mariage [17]. Les époux ne peuvent, ni par des conventions faites entre eux, ni par des conventions conclues avec des tiers, enlever le caractère de la dotalité à des biens auxquels il appartient en vertu du contrat de mariage. On doit en conclure que, dans l'hypothèse où la femme s'est constitué tous ses biens à venir, la donation que lui feraient ses père et mère, ou autres ascendants, sous la condition que les biens donnés lui seront paraphernaux, resterait sans effet dans la mesure de la réserve à laquelle la femme peut avoir droit [18]. Mais cette condition serait valable en tant qu'elle porterait sur la quotité disponible, ou bien encore si elle était apposée à une donation faite par une personne sur la succession de laquelle la femme n'avait aucun droit de réserve [19].

17 Cette règle, qui n'est pas posée, d'une manière spéciale, dans le chapitre consacré au régime dotal, est une conséquence de la disposition de l'art. 1395, et doit être appliquée dans le sens de cet article. Rodière et Pont, III, 1974. Zachariæ, § 534.

18 Cpr. § 507, texte n° 1, et note 17.

19 On a prétendu qu'une pareille condition devait, même dans l'hypothèse indiquée au texte, être réputée non écrite, comme contrevenant à l'ordre public, en ce que la femme obtiendrait, contrairement aux prévisions du contrat de mariage, l'administration et la jouissance d'une portion plus ou moins considérable de biens. Cette manière de voir nous paraît dénuée de tout fondement. Si le résultat de la disposition faite au profit de la femme peut se trouver en désaccord avec les prétentions du mari, et avec son intérêt tel qu'il croira devoir l'apprécier, cela n'autorise pas à dire que ce résultat soit contraire à l'ordre public. Sous quelque régime matrimonial qu'elle se marie, la femme est, en effet, autorisée à se réserver l'administration et la jouissance d'une certaine partie de ses biens ; et l'on ne comprendrait pas comment un état de choses qu'il est permis d'établir par contrat de mariage, deviendrait contraire à l'ordre public, par cela seul qu'il aurait été établi comme condition d'une donation faite à la femme. Bellot des Minières, IV, p. 40. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 286. Duranton, XV, 490. Tessier, I, p. 48. Demolombe, IV, 171. Troplong, IV, 3065. Marcadé, sur l'art. 1543, n° 3. Zachariæ, § 534, texte et note 4. Aix, 16 juillet 1846, Sir., 46, 2, 402. Req. rej., 16 mars 1846, Sir., 47, 1, 157. Nîmes, 10 décembre 1856, Sir., 57, 2, 134. Cpr. aussi les autorités citées à la note 21 du § 507; et Rouen, 7 février 1844, Sir., 45, 2, 78. Voy. en sens contraire : Benoît, *Des paraphernaux*, I, 28 ; Odier, III, 1102 ; Taulier, V, p. 232 ; Rodière et Pont, III, 1679 ; Nîmes, 18 janvier 1830, Sir., 30, 2, 141. Cpr. aussi : Sériziat, n° 2. Cet auteur, tout en reconnaissant que le mari n'a pas droit aux revenus des biens donnés à la femme sous la condition indiquée au texte,

4° Enfin, la dot ne peut, au gré et par la seule volonté des époux, être modifiée, durant le mariage, dans ses éléments constitutifs, ni dénaturée quant à la qualité des biens dont elle se compose [20].

Cette règle conduit aux applications suivantes :

a. Les immeubles cédés au mari, même par un ascendant de la femme [21], en paiement d'une dot promise en argent, ne sont point dotaux. Art. 1553, al. 2. Ils sont propres au mari, qui devient débiteur de la dot [22], à moins cependant que la dation en paiement n'ait été faite au profit de la femme et n'ait été acceptée par celle-ci, auquel cas les immeubles cédés deviennent paraphernaux, mais sous la charge de la jouissance du mari [23].

b. Les immeubles recueillis par la femme dans la succession de celui qui lui avait constitué une dot en argent, encore due lors de son décès, ne sont point dotaux, bien que leur valeur comprenne ou représente le montant de la dot [24]. Ces immeubles sont paraphernaux quant à la propriété ; mais ils se trouvent soumis à la jouissance du mari jusqu'à concurrence des intérêts de la dot.

c. Les immeubles acquis avec des deniers dotaux, non soumis, par le contrat de mariage, à la condition d'emploi, ne deviennent pas dotaux, encore qu'il ait été déclaré dans l'acte d'acquisition qu'ils serviraient d'emploi à ces deniers, et que la femme ait accepté cet emploi [25]. Art. 1553, al. 1. Ces immeubles appartiennent au mari,

enseigne cependant que cette dernière n'est point autorisée à les toucher au fur et à mesure de leur échéance, et qu'ils doivent être capitalisés, pour lui être restitués lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens.

[20] Cette règle est, comme la précédente, une application de la disposition de l'art. 1395. Cpr. texte n° 3, et note 17 *supra.* Rodière et Pont, III, 1680. Dijon, 17 juillet 1816, Sir., 18, 2, 129. Cpr. Civ. cass., 29 août 1860, Sir., 61, 1, 9; Rouen, 2 mai 1861, Sir., 62, 2, 171.

[21] *Lex non distinguit.* Duranton, XV, 433. Tessier, I, p. 242 et suiv. Odier, III, 1199. Zachariæ, § 536, note 7.

[22] Bellot des Minières, IV, p. 73. Toullier, XIV, 149. Duranton, XV, 425. Tessier, I, p. 216. Odier, III, 1198. Rodière et Pont, III, 1681. Troplong, IV, 3195. Marcadé, sur les art. 1551 à 1553, n° 3.

[23] Troplong, *loc. cit.*

[24] Arg. art. 1553. Civ. cass., 1er décembre 1857, Sir., 58, 1, 237. Agen, 18 mai 1858, Sir., 58, 2, 373.

[25] Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 15. Duranton, *loc. cit.* Odier, III, 1189. Troplong, IV, 3181. Zachariæ, § 536, texte et note 7. Req. rej., 23 avril 1833, Sir., 33, 1, 637. Grenoble, 12 juin 1862, Sir., 63, 2, 10. Req. rej., 26 juillet 1865, Sir., 65, 1, 404. Cpr. Civ. cass., 20 février 1849, Sir., 19, 1, 241.

lorsqu'il en a fait l'acquisition pour son propre compte, ou même pour le compte de la femme, mais sans mandat ou sans acceptation de la part de cette dernière. Si, au contraire, l'acquisition a été faite par la femme ou acceptée par elle, les immeubles acquis des deniers dotaux deviennent paraphernaux; mais, tout en revêtant ce caractère, ils n'en sont pas moins soumis à la jouissance du mari [26].

d. Les immeubles livrés, soit par la femme elle-même, soit par des tiers, en remplacement d'immeubles dotaux dont le mari a été évincé, ne deviennent pas dotaux [27]. Ceux qui sont livrés par des tiers passent, soit dans la propriété du mari, qui devient alors débiteur de la valeur des immeubles dont il a subi l'éviction, soit dans celle de la femme, en qualité de paraphernaux, suivant la distinction précédemment indiquée. Quant aux immeubles paraphernaux que la femme abandonne au mari pour l'indemniser du préjudice que lui a causé l'éviction des immeubles qu'elle s'était constitués en dot, ils restent paraphernaux pour la propriété, et le mari en acquiert seulement la jouissance [28].

Il est cependant à remarquer que les immeubles qui, dans l'une ou l'autre des hypothèses ci-dessus indiquées, sont entrés dans le patrimoine de la femme en qualité de paraphernaux, quoique aliénables en eux-mêmes, n'en comprennent pas moins une valeur dotale; et cette valeur, dans le système de l'inaliénabilité relative de la dot mobilière, est inaliénable en ce sens, que la femme ne peut, ni y renoncer, ni l'affecter au paiement des engagements par elle contractés pendant le mariage [29].

26 Duranton, XV, 426. Odier, III, 1187 *bis*. Troplong, IV, 3198. Cpr. Req. rej., 26 mars 1866, Sir., 67, 1, 113; Caen, 8 août 1868, Sir., 70, 2, 116.

27 La raison en est que les immeubles livrés au mari en remplacement des immeubles dotaux dont il a été évincé, ne sont pas directement substitués à ces derniers, et sont donnés en paiement des dommages-intérêts dus à raison de l'éviction. Or, bien que ces dommages-intérêts constituent une créance dotale, les immeubles cédés en extinction de cette créance ne deviennent pas plus dotaux, que ne le deviennent les immeubles acquis au moyen de deniers dotaux. Tessier, I, p. 283. Duranton, XV, 435. Odier, III, 1147. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 91 ; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 121 ; Rodière et Pont, III, 1685. Voy. aussi : Sériziat, n°s 56 et 57.

28 Duranton et Odier, *locc. citt.* Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.*

29 Voy. pour le développement de cette proposition : § 538, texte n° 2, et note 23 ; § 539, texte n° 3, et note 17.

La règle que la dot ne peut, en général, être transformée durant le mariage, s'applique, avec ses conséquences, même au cas où la constitution de dot comprend tous les biens à venir [30].

Mais elle reçoit exception lorsque, en vertu d'une fiction de subrogation, des biens nouvellement acquis sont censés prendre la place de biens dotaux aliénés. Il en est ainsi dans les hypothèses suivantes :

a. Les objets acquis au moyen de deniers constitués en dot, sont eux-mêmes dotaux, lorsque le contrat de mariage a stipulé l'emploi de ces deniers. Art. 1553, al. 1.

Toutefois, la subrogation est subordonnée à une déclaration d'emploi faite dans l'acte d'acquisition, et à l'acceptation par la femme, avant la dissolution du mariage, des effets de cette déclaration [31].

30 Au point de vue de l'application de l'art. 1553, qui n'est lui-même qu'une conséquence de l'art. 1395, il importe fort peu que la constitution de dot soit particulière ou générale, et que, dans ce dernier cas, elle porte sur les biens présents ou sur les biens à venir. Si les biens acquis à titre gratuit par une femme qui s'est constitué tous ses biens à venir, deviennent dotaux, ils revêtent ce caractère en vertu même de la constitution dotale. Mais ce n'est pas à dire pour cela que, contrairement à cette constitution, des deniers dotaux, mobiliers et aliénables, ou qui ne seraient tout au plus frappés que d'une inaliénabilité relative, puissent, par des acquisitions à titre onéreux, être convertis en immeubles dotaux, absolument inaliénables. Il y aurait là un véritable changement au contrat de mariage. Grenoble, 11 juillet 1857, Sir., 57, 2, 549. Civ. cass., 12 avril 1870, Sir., 70, 1, 185. Voy. en sens contraire : Odier, III, 1192 ; Rodière, *Observations*, Sir., 70, 1, 185, à la note. Cpr. Delvincourt, III, p. 106. Cpr. aussi sur l'acquisition par licitation, les auteurs cités aux notes 41 et 42 *infra*.

31 On a contesté la nécessité de cette seconde condition, par le double motif que l'art. 1553 ne l'exige pas, et que le mari tient du contrat de mariage qui a stipulé l'emploi, les pouvoirs nécessaires pour l'effectuer au nom de la femme. Mais il est à remarquer que le législateur n'a point eu en vue, en rédigeant l'art. 1553, de déterminer les conditions de l'efficacité de l'emploi ; l'unique objet de cet article a été de trancher l'ancienne controverse qui s'était élevée sur la question de savoir si l'immeuble acquis des deniers dotaux est par cela même dotal, indépendamment de toute stipulation d'emploi. D'ailleurs, l'art. 1553 n'exige pas davantage une déclaration d'emploi faite dans l'acte même d'acquisition, et cependant on est bien forcé de reconnaître que cette condition est indispensable. Quant au prétendu mandat que l'on veut attribuer au mari, comme inhérent à la clause d'emploi, nous ne pouvons admettre qu'il s'y trouve virtuellement compris. Il ne résulte, à notre avis, de cette clause, qu'une obligation

On doit appliquer à cet égard les règles posées par les art. 1434 et 1435 [32]. Il y a plus, si le contrat de mariage avait déterminé la nature des biens à acquérir pour opérer l'emploi, l'acquisition ne deviendrait dotale, qu'autant qu'elle aurait été faite conformément aux indications de ce contrat.

b. Les objets acquis en remploi du prix d'immeubles dotaux, dont l'aliénation a été permise par le contrat de mariage sous condition de remploi, sont également dotaux. Arg. art. 1553, al. 1.

c. En cas d'aliénation d'un immeuble dotal, faite avec permission de justice pour l'une des causes indiquées en l'art. 1558, l'excédant du prix sur les besoins en vue desquels cette aliénation a été permise, reste dotal ; et les acquisitions faites en remploi au moyen de cet excédant de prix, sont elles-mêmes dotales [33]. Art. 1558, al. 7.

pour le mari de se mettre en mesure d'effectuer l'emploi. Cpr. § 507, texte et note 83. Benoît, *De la dot,* I, 110. Bellot des Minières, IV, p. 75. Duranton, XV, 427 et suiv. Sériziat, n° 117. Taulier, V, p. 273 et 274. Benech, *op. cit.*, n° 41. Troplong, IV, 3198. Marcadé, sur les art. 1551 à 1553, n° 3. Toulouse, 13 août 1841, Sir., 42, 2, 23. Agen, 20 juillet 1858, Sir., 59, 2, 1. Req. rej., 2 mai 1859, Sir., 59, 1, 293. Civ. rej., 12 juin 1865, Sir., 65, 1, 298. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 10 ; Toullier, XIV, 152 ; Tessier, I, p. 220 ; Odier, III, 1194 à 1196 ; Rodière et Pont, III, 1695 et 1696. Cpr. Delvincourt, III, p. 106 ; Zachariæ, § 536, note 8. Suivant ces derniers auteurs, l'acceptation de la femme serait bien nécessaire, si l'on s'était borné à stipuler l'emploi, mais elle cesserait de l'être, si le mari s'était obligé à faire emploi.

[32] Cpr. § 507, texte n° 3, lett. *c*, et notes 64 à 87. Benech, *op. cit.*, n°s 33 à 54, 85 à 95. Cpr. sur l'emploi de sommes dotales non encore exigibles : Limoges, 18 août 1865, Sir., 66, 2, 192.

[33] La disposition du dernier alinéa de l'art. 1558, *l'excédant du prix restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel,* ne laisse, à notre avis, aucun doute sur ce point. En vain objecte-t-on qu'aux termes de l'art. 1553, l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est dotal, qu'autant que la condition d'emploi a été stipulée par le contrat de mariage. On a oublié, en faisant cette objection, que la disposition légale qui prescrit l'emploi n'est, comme celle qui permet l'aliénation, que purement déclarative de la volonté des parties, et qu'elles doivent être considérées, l'une et l'autre, comme faisant partie intégrante des conventions matrimoniales. De sorte que l'hypothèse dont il est ici question rentre sous l'application de l'exception indiquée par le 1er al. de l'art 1553. Taulier, V, p. 322. Rodière et Pont, III, 1850. Benech, *op. cit.*, n° 131. Troplong, IV, 3488. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 266 ; Odier, III, 1313.

d. L'immeuble acquis en échange d'un immeuble dotal, devient de plein droit dotal, soit pour le tout, soit jusqu'à concurrence seulement de la valeur de ce dernier, suivant les règles indiquées ci-après à l'occasion de la licitation [34]. La soulte payée aux époux par suite d'un pareil échange, est également dotale, ainsi que l'acquisition faite en remploi de cette soulte [35]. Art. 1559.

e. Lorsqu'une femme, qui s'est constitué en dot certains immeubles donnés en avancement d'hoirie, est obligée de les rapporter à la succession du donateur, et que, par l'effet du partage, elle a reçu dans son lot d'autres immeubles, ces derniers deviennent dotaux jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles constitués [36].

f. En cas de licitation d'un immeuble dotal, indivis entre la femme et des tiers, la portion du prix afférente à celle-ci est dotale, que l'immeuble ait été adjugé à un étranger ou à l'un des

[34] Cpr. texte n° 5, et notes 41 à 44 *infra*. Tessier, I, p. 262. Toullier, XIV, 223. Rodière et Pont, III, 1846. Odier et Troplong, *locc. citt.* Marcadé, sur l'art. 1559. Zachariæ, § 537, note 48. Voy. cep. Bellot des Minières, IV, p. 147. Suivant cet auteur, l'immeuble reçu en échange deviendrait dotal pour le tout, alors même que sa valeur excéderait celle de l'immeuble donné en échange.

[35] Taulier, V, p. 327. Rodière et Pont, et Benech, *locc. citt.* Troplong, IV, 3508. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 263; Odier, III, 1319.

[36] On peut dire qu'il y a en pareil cas échange forcé. Il y a mieux : par cela même que la constitution de dot porte sur des immeubles donnés en avancement d'hoirie, elle s'applique virtuellement aux immeubles que la femme recevra par suite du partage, lors duquel elle se trouvera obligée de rapporter les immeubles constitués. Il ne faut, d'ailleurs, pas perdre de vue que l'hypothèse actuelle diffère essentiellement de celle que nous avons examinée, texte n° 3, et notes 21 à 23 *supra*, puisque ce n'est pas à une dot mobilière, mais bien à une dot immobilière, que se trouvent substitués les immeubles recueillis par la femme. Enfin, le système contraire présenterait les plus graves dangers, en ce qu'il permettrait à la femme de rendre tous ses biens aliénables au mépris de la constitution dotale, en acceptant la succession, au lieu d'y renoncer pour s'en tenir à son don, et même en omettant de faire usage du bénéfice de l'art. 859. Troplong, IV, 3512. Rodière et Pont, III, 1686. Zachariæ, § 537, note 48, *in fine*. Montpellier, 11 novembre 1836, Sir., 37, 2, 133. Montpellier, 2 mai 1854, Sir., 54, 2, 687. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 270; Agen, 27 juillet 1865, Dalloz, 1865, 2, 173.

copropriétaires [37]. Il en est de même de l'acquisition faite en remploi de cette portion de prix. Art. 1558, al. 6 et 7.

g. L'indemnité payée par suite de l'expropriation, pour cause d'utilité publique, d'un immeuble dotal, est également dotale, ainsi que l'acquisition faite en remploi de cette indemnité. Les mêmes règles s'appliquent à l'indemnité payée pour l'établissement, en cas d'enclave, d'une servitude de passage sur l'immeuble dotal [38].

Il est, du reste, bien entendu que, dans les différentes hypothèses prévues sous les lettres *b, c, d, f* et *g*, comme dans celle dont il a été question sous la lettre *a*, l'acquisition faite en remploi de deniers dotaux ne devient elle-même dotale, que moyennant l'accomplissement des conditions prescrites par les art. 1434 et 1435 [39].

5° L'application combinée des règles posées sous les quatre numéros précédents, conduit, pour le cas de partage de biens indivis entre la femme et des tiers, et pour celui où elle se rend adjudicataire sur licitation de pareils biens, aux conséquences suivantes :

a. En cas de partage d'une hérédité, ou autre universalité de biens, indivise entre la femme et des tiers, les biens qui tombent dans son lot deviennent dotaux, lorsque sa part indivise forme spécialement l'objet de la constitution de dot, ou que cette part se trouve comprise dans une constitution, soit de biens présents, soit de biens à venir. Que si la femme s'était constitué, soit ses meubles, soit ses immeubles seulement, le caractère de la dotalité s'appliquerait à tous les meubles, ou à tous les immeubles tombés dans son lot, et ne s'attacherait qu'aux uns ou aux autres, suivant

[37] *Non obstat* art. 883, pour l'hypothèse où ce serait un des copropriétaires qui se rendrait adjudicataire : Cpr. § 625, texte n° 2. Merlin, *Rép.*, v° Remploi, § 2, n° 7. Tessier, I, p. 283. Troplong, IV, 3485. Benech, *op. cit.*, n° 122. Rouen, 24 avril 1828, Sir., 28, 2, 190. Req. rej., 23 août 1830, Sir., 30, 1, 394. Cpr. aussi : Req. rej., 10 mars 1856, Sir., 56, 1, 657. Voy. en sens contraire : Odier, III, 1304.

[38] Les deux hypothèses indiquées au texte rentrent sous l'application des dispositions de l'art. 1558, relatives aux aliénations permises par justice ou légalement nécessaires. Loi du 3 mai 1841, art. 13. Code Nap., art 682. Benech, *op. cit.*, n°s 121 et 123. Req. rej., 10 décembre 1845, Sir., 46, 1. 161 Voy. cep. Rodière et Pont, III, 1849.

[39] Bordeaux, 14 mai 1857, Sir., 57, 2, 547.



la teneur de la constitution dotale, encore qu'elle eût reçu une part de meubles ou d'immeubles proportionnellement plus forte ou plus faible que celle à laquelle elle aurait eu droit, en vertu de l'art. 832, dans l'une ou l'autre de ces deux classes de biens [40].

b. Lorsque la femme s'est spécialement constitué sa part indivise dans un immeuble, et qu'elle se rend adjudicataire sur licitation de la totalité de cet immeuble, il ne devient dotal que dans la proportion de la part que la femme y avait, et demeure paraphernal pour le surplus [41]. La même solution devrait être admise, bien que la constitution de dot portât sur tous les biens présents, et que le paiement du prix de licitation eût été effectué avec des deniers dotaux, à moins que ces deniers ne fussent sujets à remploi [42].

40 Nous n'établissons pas cette proposition sur l'art. 883, qui, d'après notre manière de voir, est complétement étranger à la question. Cpr. § 625, texte nº 2. Nous la fondons sur cette idée que la femme, en se constituant en dot des biens héréditaires, est censée avoir voulu se les constituer tels qu'ils lui échéeraient par le partage. La solution contraire supposerait d'ailleurs la possibilité de l'annulation du partage, par cela seul que les dispositions de l'art. 832 n'auraient pas été complétement observées ; ce qui nous paraît inadmissible, du moins en l'absence de tout concert frauduleux. Cpr. Caen, 19 mars 1839, Sir., 39, 2, 351.

41 Cette solution est généralement admise. On la fonde d'ordinaire sur ce que la constitution de dot étant spéciale et restreinte à la part indivise de la femme, cette circonstance s'oppose à l'application de l'art. 883, que l'on considère comme devant résoudre en principe, non-seulement la question de savoir si la propriété des biens licités est acquise avec effet rétroactif, mais encore celle de savoir si les biens ainsi acquis sont ou non dotaux. A notre avis, ce point de vue n'est point exact, ainsi que nous l'établirons à la note suivante. Delvincourt, III, p. 110. Tessier, I, p. 275, nº 54. Duranton, XV, 361. Odier, III, 1305. Rodière et Pont, III, 1663. Troplong, IV, 3050. Marcadé, sur les art. 1542 et 1543, nº 1. Zachariæ, § 534, note 3, *in fine*. Limoges, 22 juillet 1835, Sir., 39, 2, 299.

42 Nous croyons devoir nous écarter, sur ce point, de l'opinion suivie par la grande majorité des auteurs, qui admettent que, dans l'hypothèse prévue au texte, les immeubles acquis par la femme sur licitation deviennent dotaux pour le tout, par le motif que rien ne s'opposerait plus, dans cette hypothèse, à l'application de l'art. 883. A notre estime, le point de départ de cette opinion est complétement erroné. Invoquer l'art. 883 pour la solution d'une question de dotalité, c'est le détourner de son objet, et en étendre l'application en dehors de la sphère d'intérêts que le législateur a entendu régler, en consacrant la rétroactivité du partage et de la licitation. Les questions de dotalité qui peuvent s'élever à l'occasion

Elle s'appliquerait même, sauf cette dernière restriction, au cas où la constitution de dot comprendrait tous les biens présents et à venir [43].

c. Lorsque la part indivise de la femme dans une succession, ou autre universalité juridique, se trouve spécialement constituée en dot, ou forme partie intégrante d'une constitution générale de tous biens présents ou de tous biens présents et à venir, et que la femme se rend adjudicataire sur licitation d'un ou plusieurs des immeubles communs, ces immeubles deviennent dotaux pour le tout, à supposer que les consorts de la femme soient exclusivement remplis de ce qui leur revient en valeurs provenantes de la masse commune; et, dans l'hypothèse contraire, ils ne le deviennent, que sous déduction d'une portion correspondante à la soulte que la femme aura à payer de ses propres deniers [44].

d'acquisitions faites pendant le mariage, doivent exclusivement se décider par les dispositions combinées des art. 1543 et 1553, qui sont spéciales à la matière. Il ne saurait dépendre de la volonté de la femme d'augmenter ou de transformer sa dot durant le mariage, en se rendant adjudicataire sur licitation de la totalité d'immeubles dans lesquels elle ne possédait qu'une part indivise, au moment de la passation du contrat de mariage. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 1558, n° 5. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 283, lett. *D*; Duranton, Odier, Rodière et Pont, *locc. citt.*; Troplong, IV, 3051 et 3052.

43 Cette proposition n'est pas seulement contredite par les auteurs que nous avons cités à la fin de la note précédente ; elle est même rejetée par Marcadé qui, tout en écartant l'argument tiré de l'art. 883, se fonde sur ce que la dot, comprenant tous les biens à venir, n'est pas augmentée par une acquisition faite avec des deniers dotaux. En raisonnant ainsi, cet auteur a perdu de vue que ce n'est pas seulement l'augmentation de la dot, mais encore sa transformation qui se trouve formellement prohibée par les art. 1395, 1543 et 1553. Cpr. texte n° 4, et note 20 *supra*. Voy. cep. Req. rej., 21 mars 1860, Sir., 60, 1, 874.

44 Dans la première hypothèse, la femme ne reçoit en définitive que le montant de ce qui lui revient dans la masse commune, et les résultats de l'opération doivent être assimilés à ceux d'un partage ordinaire. Dans la seconde hypothèse, au contraire, il y a, de la part de la femme, acquisition nouvelle au point de vue de la dotalité, et le sort de cette acquisition est réglé par les dispositions de l'art. 1553. Voy. dans le sens de la distinction établie au texte : Caen, 9 mars 1839, Sir., 39, 2, 351; Caen, 5 novembre 1845, Sir., 46, 2, 246; Amiens, 19 juin 1847, Sir., 48, 2, 305.

§ 535.

Des droits respectifs des époux sur les biens dotaux. — 1° Des droits du mari.

Le mari a l'administration et la jouissance des biens dotaux. Art. 1549, al. 1 et 2.

1° Bien que le mari ne puisse plus être considéré comme *dominus dotis* [1], les pouvoirs dont il jouit en qualité d'administrateur des biens dotaux, sont plus étendus que ceux qui, sous le régime de la communauté, lui compètent sur les biens propres de la femme.

Ainsi, le mari a, non-seulement le droit de louer, sous les restrictions indiquées aux art. 1429 et 1430, les immeubles dotaux, et de former les actions possessoires qui y sont relatives, de poursuivre le recouvrement des créances dotales, d'en donner quittance, avec main-levée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté [2], de les céder par voie de transport [3] et de les opposer

[1] Cela résulte du texte même de l'art. 1549, qui, en ne conférant au mari que l'administration et la jouissance des biens dotaux, lui dénie virtuellement, du moins en général, la qualité de propriétaire de ces biens, qualité qui, même en Droit romain, ne lui appartenait pas dans un sens absolu et exclusif de tout droit de la femme. C'est aussi ce que supposent les art. 1551, 1552, 1555, 1556, 1564 à 1567. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 7, n° 6; v° Usufruit, § 4, n° 2. Tessier, *De la dot*, II, p. 121 et 177; *Questions sur la dot*, n°s 1 à 49. Odier, III, 1162 à 1170. Rodière et Pont, III, 1711 et suiv. Marcadé, sur l'art. 1549, n° 2. Zachariæ, § 536, texte et note 1. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3102 à 3104.

[2] Cette proposition s'applique même aux rentes perpétuelles faisant partie de la dot. La controverse qui existait à cet égard dans l'ancien Droit, à raison de ce que ces rentes étaient rangées dans la classe des immeubles, ne peut plus s'élever aujourd'hui, en présence de la disposition de l'art. 529. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 7, n° 4. Tessier, II, p. 131. Benoît, I, 125. Duranton, XV, 404. Odier, III, 1175. Rodière et Pont, III, 1715. Zachariæ, § 535, texte et note 5. Cpr. Req. rej., 11 juillet 1843, Sir., 43, 1, 576; Caen, 13 juillet 1848, Sir., 50, 2, 100; Req. rej., 1er décembre 1851, Sir., 51, 1, 808; Caen, 26 mars 1862, Sir., 63, 2, 62.

[3] C'est ce qui est aujourd'hui généralement reconnu, même dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cpr. § 537 *bis*, texte et notes 8 et 9.

en compensation de ses propres dettes [4], de vendre les meubles dotaux corporels, enfin de recevoir le compte de tutelle qui peut être dû à la femme, lorsqu'elle s'est constitué en dot, soit spécialement le reliquat de ce compte, soit tous ses biens présents [5] ; il est, en outre, autorisé à intenter, sans le concours de la femme, les actions pétitoires concernant les immeubles dotaux [6], à défendre à de pareilles actions [7], et à former, en cas d'aliénation volontaire de l'immeuble affecté à une créance dotale, la surenchère admise par l'art. 2185 [8].

4 Voy. § 536, note 9.

5 Duranton, XV, 405. Montpellier, 20 janvier 1830, Sir., 30, 2, 121.

6 Les termes *d'en poursuivre les débiteurs et les détenteurs*, employés dans le deuxième alinéa de l'art. 1549, prouvent clairement, surtout en les rapprochant de l'art. 1428, al. 2, que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu adopter sur ce point les principes du Droit romain, d'après lesquels le mari avait l'exercice, en demandant, comme en défendant, des actions, tant réelles que personnelles, concernant les biens dotaux. Cpr. L. 11, *C. de jur. dot.* (5, 12); L. 9, *C. de rei vind.* (3, 32). Merlin, *Rép.*, v° Puissance maritale, sect. II, § 3, art. 3, n° 8. Duranton, XV, 394. Bellot des Minières, IV, p. 64. Benoît, I, 105. Odier, III, 1180. Rodière et Pont, III. 1756. Troplong, IV, 3104 et 3105. Marcadé, sur l'art. 1549, n° 2. Zachariæ, § 535, texte et note 3. — Suivant Toullier (XII, 392 et 393) et M. Tessier (I, p. 36), le mari serait bien autorisé à exercer seul les actions immobilières relatives aux biens dotaux; mais il ne pourrait agir ainsi que dans son intérêt comme usufruitier, et sans préjudicier aux droits de la femme. D'après cette opinion, les pouvoirs du mari, comme administrateur des biens dotaux, seraient absolument les mêmes que ceux dont il jouit sous le régime de la communauté, relativement aux immeubles de la femme dont la communauté a l'usufruit. C'est là confondre les règles essentiellement différentes des deux regimes. Cpr. § 509, texte n° 3, et note 29.

7 Le droit de former une action emporte, en général, celui d'y défendre, et l'on ne voit aucun motif pour ne pas appliquer cette règle en ce qui concerne les actions dotales. Rodière et Pont, III, 1759. Troplong, IV, 3107. Zachariæ, § 535, texte et note 4. Voy. encore les autorités citées à la note 6 *supra*. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 16 mars 1827, Sir,, 28, 2, 49; Riom, 28 janvier 1844, Sir., 46, 2, 17.

8 Zachariæ, § 535, texte et note 8. Montpellier, 27 mai 1807, Sir., 7, 2, 916. Caen, 20 juin 1827, Sir., 28, 2, 183. Cpr. Riom, 11 août 1824, Sir., 26, 2, 139; Civ. rej., 16 décembre 1840, Sir., 41, 1, 11. Ce dernier arrêt décide que, sous le régime de la communauté, le mari ne peut former une surenchère sur l'immeuble hypothécairement affecté à une créance propre de la femme. Cette décision, fondée sur le motif que la surenchère constitue l'exercice d'une

Il y a plus, les pouvoirs attribués au mari, quant à l'exercice des actions dotales de quelque nature qu'elles soient, sont attachés à sa personne d'une manière exclusive; et la femme est, même avec l'autorisation du mari, sans qualité pour les intenter [9]. A plus forte raison, serait-elle non recevable à les exercer avec la simple autorisation de justice [10].

Les jugements rendus sur les actions dotales exercées par le mari ou contre lui, lient la femme, tout comme si elle avait figuré dans l'instance [11], sauf à elle à les attaquer par voie de tierce opposition, s'ils avaient été obtenus par suite d'une collusion entre le mari et l'autre partie.

Par exception à la règle qui confie au mari, l'exercice des actions dotales et la défense à de pareilles actions, il ne peut, sans le concours de la femme, ni provoquer le partage de biens dotaux,

action réelle immobilière, et que, sous le régime de la communauté, le mari n'a que l'exercice des actions mobilières ou possessoires, n'est pas contraire à la proposition émise au texte.

[9] Duranton, XV, 402. Benoît, I, 106. Odier, III, 1177. Marcadé, sur l'art. 1549, n° 2. Montpellier, 27 mai 1807, Sir., 7, 2, 916. Limoges, 4 février 1822, Sir., 22, 2, 247. Bordeaux, 27 juillet 1857, Sir., 58, 2, 65. Grenoble, 23 avril 1858, Sir., 58, 2, 397. Grenoble, 28 juillet 1865, Sir., 66, 2, 137. Voy. en sens contraire : Toullier XIV, 141; Bellot des Minières, IV, p. 65; Tessier, II, 835; Sériziat, n° 76; Taulier, V, p. 261; Rodière et Pont, III, 1758; Zachariæ, § 535, note 2; Turin, 10 août 1811, Sir., 12, 2, 271; Lyon, 16 janvier 1834, Sir., 35, 2, 52. Cette dernière opinion nous paraît repoussée par le texte même de l'art. 1549, dont le second alinéa porte : non pas que le mari *a le droit d'en poursuivre seul* les débiteurs et détenteurs ; mais *qu'il a seul le droit d'en poursuivre* les débiteurs et détenteurs. En vain objecte-t-on que l'autorisation du mari équivaut de sa part à un mandat. Cette assimilation est complétement inexacte : on ne saurait voir un véritable mandat dans le pouvoir donné à une personne pour agir, non point au nom du mandant, mais en son propre nom. Cpr. § 537, texte n° 2, et note 30.

[10] La plupart des auteurs qui, contrairement à notre manière de voir, enseignent que la femme peut exercer les actions dotales avec l'autorisation de son mari, reconnaissent, comme nous, qu'elle ne le pourrait pas avec la simple autorisation de justice. Voy. cep. Taulier, *loc. cit.*

[11] La proposition énoncée au texte ne peut souffrir difficulté, dès que l'on admet que le mari a seul qualité pour intenter les actions dotales et pour y défendre, non-seulement dans l'intérêt de son droit d'usufruit, mais quant au fonds même, comme représentant des intérêts dotaux. Duranton, XV, 398 et 399. Odier, III, 1180. Rodière et Pont, III, 1760. Troplong, IV, 3106. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 535, note 4, *in fine*.

indivis entre elle et des tiers [12], ni même défendre à la demande en partage de ces biens [13]. D'un autre côté, les poursuites de saisie

[12] Art. 818. Toullier, XIV, 156 et 157. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 818, n° 4. Malpel, *Des successions*, n° 244. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 818, n° 3. Bellot des Minières, IV, p. 137 et 412. Tessier, *De la dot*, II, note 838; *Quest. sur la dot*, nos 51 à 53. Sériziat, n° 75. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1245. Duranton, VII, 125; XV, 395 et 396. Marcadé, sur l'art. 818, n° 2, et sur l'art. 1549, n° 3. Odier, III, 1181. Rodière et Pont, III, 1761. Demante, *Cours*, III, 146 *bis*, IV. Demolombe, XV, 577. Agen, 24 février 1809, Sir., 35, 2, 295, à la note. Nîmes, 12 mars 1835, Sir., 35, 2, 294. Paris, 14 juillet 1845, Sir., 45, 2, 501. Civ. rej., 21 janvier 1846, Sir., 46, 1, 263. Pau, 21 février 1861, Sir., 62, 2, 241. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 382; Benoît, I, 127; Troplong, IV, 3108 et suiv.; Aix, 9 janvier 1810, Sir., 11, 2, 468. Cpr. aussi : Zachariæ, § 535, texte et note 6. A l'appui de cette dernière opinion, on dit que l'art. 818, décrété à une époque où il n'avait pas encore été admis que le régime dotal dût prendre place dans le Code, est étranger à la discussion, et que la question doit exclusivement se décider par la disposition générale de l'art. 1549. On ajoute que, si en Droit romain le mari n'était pas autorisé à intenter seul les actions en partage (L. 2, *C. de fund. dot.*, 5, 23), cela tenait uniquement à ce que le partage y était regardé comme une aliénation, et que, par conséquent, il doit en être autrement aujourd'hui que le partage n'est que déclaratif et non translatif de propriété. Ces raisons nous semblent sans portée. Il est évident qu'en distinguant les objets qui tombent dans la communauté de ceux qui en sont exclus, et en n'attribuant au mari le droit de demander seul, et sans le concours de la femme, que le partage des objets de la première catégorie, le législateur n'a pas eu à se préoccuper de la cause en vertu de laquelle tels ou tels objets resteraient exclus de la communauté. A son point de vue, le fait même de cette exclusion devait toujours, quel qu'en fût le motif, amener la même solution. L'argument tiré de l'art. 883 est moins sérieux encore. Cet article, qui ne concerne que les effets du partage, n'a nullement pour objet de caractériser l'opération en elle-même. Or, de quelque manière qu'on envisage cette opération, il faut toujours reconnaître qu'elle emporte, de la part de chaque copartageant, renonciation à ses droits de propriété indivise sur les objets tombés aux lots de ses consorts.

[13] D'après la loi 2 au Code, *de fundo dotali* (5, 23), le mari était autorisé à défendre seul à l'action en partage. Mais la décision de cette loi ne peut plus être admise aujourd'hui, en présence du second alinéa de l'art. 818, dont la disposition nous paraît bien préférable à celle du Droit romain. Il ne faut pas séparer du jugement qui ordonne un partage, les opérations nécessaires pour le consommer. Ces opérations, qui sont toujours les mêmes, que le partage se fasse à l'amiable ou en justice, tendent à transformer un droit indivis sur l'ensemble des objets à partager, en un droit de propriété exclusive sur une partie de ces objets, et emportent, comme nous l'avons fait remarquer à la note pré-

immobilière doivent être dirigées conjointement contre le mari et la femme[14]. Enfin, en matière d'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, l'instance en règlement de l'indemnité doit aussi, au cas de non-acceptation, par la femme assistée de son mari, des offres de l'administration, être introduite contre les deux époux[15].

Les pouvoirs que la loi confère au mari sur les biens dotaux, comme chef de l'association conjugale, ne peuvent lui être enlevés par une convention contraire. Ainsi, on doit considérer comme non avenue, la clause par laquelle la femme déclare se réserver l'administration de biens que l'intention formelle des parties a été de frapper de dotalité[16].

Mais rien n'empêche que, pour mieux garantir les intérêts de la femme, le droit du mari de toucher les créances dotales ne soit,

cédente, abandon, pour chaque copartageant, de son droit indivis sur les objets tombés aux lots de ses consorts. Or, un pareil abandon exige nécessairement le concours de la femme. Nous ajouterons que, dans l'action en partage, qui constitue un *judicium duplex*, chaque partie est à la fois demanderesse et défenderesse, et qu'ainsi, sous ce rapport encore, il n'y a pas lieu de distinguer entre la demande et la défense. Demolombe, XV, 583. Pau, 21 février 1861, Sir., 62, 2, 241. Voy. aussi en ce sens, les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1846, cité à la note précédente. Voy. en sens contraire : Marcadé, *loc. cit.*

14 Art. 2208. Tessier, *De la dot*, II, p. 151; *Quest. sur la dot*, n° 50. Duranton, XV, 397, et XXI, 37. Odier, III, 1182. Rodière et Pont, III, 1761. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 181; Troplong, IV, 3116.

15 Arg. art. 13, 25 et 28 de la loi du 3 mai 1841.

16 Lorsqu'en se réservant l'administration et la jouissance de certains biens, la femme les a qualifiés de dotaux, et que l'ensemble des clauses du contrat de mariage permet d'envisager cette qualification comme étant le résultat d'une simple inexactitude de langage, les tribunaux peuvent, par interprétation de la volonté des parties, maintenir la clause dont s'agit, en considérant comme paraphernaux les biens improprement qualifiés dotaux ; et c'est dans ce sens que paraît devoir être entendu l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1837 (Civ. rej., Sir., 37, 1, 193). Mais, lorsqu'aucune supposition d'erreur n'est admissible, et qu'il est bien constaté que la femme a voulu se réserver l'administration de biens dotaux proprement dits, la clause doit être rejetée comme contraire à l'art. 1388, qui prohibe toute convention dérogatoire aux droits appartenant au mari, en sa qualité de chef de l'association conjugale. Tessier, I, p. 86. Bellot des Minières, IV, p. 298 et 299. Taulier, V, p. 261 et 262. Troplong, I, 69. Marcadé, sur les art. 1387 à 1389, n° 6. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 70; Zachariæ, § 535, note 1.

par le contrat de mariage, subordonné à une condition d'emploi. En pareil cas, les paiements faits sans un emploi régulier et suffisant [17], ne libèrent pas les débiteurs [18]. Il en serait cependant autrement, si le contrat de mariage contenait une simple clause d'emploi, sans qu'il apparût clairement que l'intention des parties a été de faire dépendre la validité du paiement de la condition *sine qua non* de l'emploi des deniers qui en forment l'objet [19].

Comme administrateur des biens dotaux, le mari est tenu d'ap-

[17] Voy. sur les valeurs dans lesquelles l'emploi doit être fait, à défaut d'indication dans le contrat de mariage : § 537, texte n° 4, et notes 76 à 78 ; Rodière et Pont, III, 1690 et suiv.; et sur les autres conditions de validité de l'emploi. notamment sur la nécessité de la déclaration d'emploi dans l'acte d'acquisition, et du consentement de la femme : § 534, note 31.

[18] Tessier, II, note 828. Benoît, *De la dot,* I, 110 et 112. Benech, *De l'emploi et du remploi,* n°s 55 à 58. Rodière et Pont, III, 1705. Troplong, IV, 3120. Marcadé, sur l'art. 1553, n° 3. Civ. cass., 9 juin 1841, Sir., 41, 1, 468. Caen, 23 novembre 1842, Sir., 43, 2, 123. Paris, 23 mars 1844, Sir., 44, 2, 131. Paris, 2 janvier 1858, Sir., 58, 2, 499. Req. rej., 1er février 1859, Sir., 59, 1, 689. Voy. cep. Duranton, XV, 487 ; Zachariæ, § 535, note 12.

[19] Les auteurs cités à la note précédente, à l'appui de la solution que nous avons donnée, n'admettent pas la restriction que nous y apportons, et enseignent, d'une manière absolue, que, sous le régime dotal, à la différence de ce qui a lieu en matière de communauté, toute clause d'emploi est de sa nature opposable aux tiers. Mais nous ne comprenons pas la différence qu'on voudrait établir au point de vue dont s'agit entre ces deux régimes, puisque, dans le système même de l'inaliénabilité de la dot mobilière, on reconnaît généralement au mari, le pouvoir de toucher et de céder les créances dotales. L'opinion contraire à celle que nous professons, ne paraît s'être accréditée que par suite d'une assimilation inexacte entre la clause d'emploi des deniers dotaux, et la clause de remploi du prix provenant de l'aliénation d'immeubles dotaux, déclarés aliénables sous cette condition. Si cette dernière clause est, de sa nature, opposable aux tiers acquéreurs, c'est parce qu'ils sont eux-mêmes obligés de l'invoquer pour défendre leur acquisition, et qu'ils ne peuvent la soustraire aux conséquences du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, qu'en acceptant et en exécutant la condition sous laquelle l'aliénation en a été exceptionnellement permise. S'agit-il, au contraire, d'une clause d'emploi dont les tiers n'ont aucun intérêt à se prévaloir, et qui leur est opposée comme restrictive des pouvoirs que le mari tient de l'art. 1549, les débiteurs des deniers dotaux sont naturellement en droit de la repousser, si cette restriction ne résulte pas clairement des termes dans lesquels la clause est conçue. Voy. en ce sens : Paris, 4 juin 1831, Sir., 31, 2, 211 ; Req. rej., 7 novembre 1851, Sir., 51, 1, 705.

porter à leur conservation, tous les soins d'un bon père de famille [20]. Il est responsable, envers la femme, de la perte ou des détériorations des biens dotaux, lorsque cette perte ou ces détériorations sont le résultat d'un défaut de soins de sa part. Il est, en particulier, responsable des créances dotales, lorsqu'il a négligé d'interrompre le cours des prescriptions auxquelles elles étaient soumises [21], ou d'en poursuivre la rentrée en temps opportun [22]. Art. 1562. Enfin, il doit donner aux deniers dotaux, l'emploi qui leur a été assigné par le contrat de mariage. Il devient responsable de l'inefficacité ou de l'insuffisance de l'emploi, lorsqu'elle provient d'une négligence qui lui est imputable, mais non quand elle ne résulte que d'un événement imprévu [23].

2° La jouissance du mari sur les biens dotaux s'ouvre au jour de la célébration du mariage. Ainsi, il a droit, à partir de cette époque, à tous les fruits naturels ou civils des biens dotaux, lors même que ces biens ne lui seraient délivrés que plus tard [24]. D'un autre côté, si le mari avait, dès avant le mariage, recueilli des fruits naturels, ou si, depuis le mariage, il avait perçu des fruits civils antérieurement échus, il en devrait compte à la femme, pour laquelle ces fruits seraient dotaux, ou paraphernaux, selon qu'elle se serait constitué en dot tous ses biens présents, ou seulement des objets spécialement déterminés [25].

[20] Voy. L. 17, *D. de jur. dot.* (23, 3). Delvincourt, III, p. 105. Duranton, XV, 387 et suiv. Odier, III, 1185. Zachariæ, § 535, texte et note 9.

[21] Il en est ainsi, en principe, lors même que la prescription a commencé dès avant le mariage. Toutefois si, au moment de la célébration, il ne restait plus que peu de jours à courir pour l'accomplissement de la prescription, le mari pourrait être déchargé de toute responsabilité, comme ne s'étant pas rendu coupable de négligence. Voy. les autorités citées à la note 17 du § 214 ; Zachariæ, § 535, texte et note 10.

[22] Rodière et Pont, III, 1753. Troplong, IV, 3589. Zachariæ, § 535, texte et note 11. Aix, 24 août 1829, Sir., 29, 2, 295.

[23] Req. rej., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 209.

[24] On suit à cet égard les règles générales posées au premier alinéa de l'art. 585 et à l'art. 586. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2709. — Si cependant la jouissance du mari venait à cesser pendant la première année du mariage, il faudrait appliquer aux fruits par lui perçus ou récoltés, la disposition de l'art. 1571. Duranton, XV, 450. Proudhon, *op. cit.*, V, 2711 à 2714. Troplong, IV, 3129.

[25] Benoît, II, 191 et 192. Duranton, XV, 452. Rodière et Pont, III, 1717 Troplong, *loc. cit.* Cpr. Zachariæ, § 535, texte et note 13.

L'étendue de la jouissance du mari sur les biens dotaux est, en général, régie par les règles relatives à l'usufruit ordinaire. Ainsi, il n'a aucun droit aux coupes des bois de haute futaie, non aménagés au moment de l'ouverture de sa jouissance [26].

Par exception aux règles de l'usufruit ordinaire, le mari ne peut percevoir les fruits pendants par racines ou par branches, au moment de la célébration du mariage, qu'à la charge de tenir compte à la femme, lors de la restitution de la dot, des frais de labours et de semences [27]. D'un autre côté, le mari a droit à la bonification des impenses utiles faites sur les biens dotaux, jusqu'à concurrence de la mieux-value existant à l'époque de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens. Il a également droit à une indemnité pour la valeur des coupes de bois qu'il était autorisé à faire, et qu'il n'a point faites [28].

Du reste, les futurs époux peuvent, par contrat de mariage, restreindre la jouissance du mari sur les biens dotaux, en stipulant que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus, pour son entretien et ses besoins personnels. Art. 1549, al. 3.

[26] Art. 591 et 592. Tessier, II, note 882. Sériziat, n° 77. Rodière et Pont, III, 1723. Troplong, *loc. cit.* Lyon, 3 mars 1845, Sir., 46, 2, 260. Caen, 25 juin 1845, Sir., 46, 2, 301. — *Quid* cependant, si la femme s'était spécialement constitué en dot une futaie non aménagée? Cpr. Benoît, I, 149; Toullier, XIV, 317; Rodière et Pont, *loc. cit.*

[27] Arg. art. 548. *Fructus non sunt, nisi deductis impensis. Nec obstat* art. 585: Cpr. § 522, note 21. Benoît, I, 144. Rodière et Pont, III, 1719 et 1942. Troplong, *loc. cit.*

[28] Ces deux propositions se justifient par cette double considération, que la jouissance du mari lui est accordée en compensation des charges du ménage, et qu'il joint à sa qualité d'usufruitier celle d'administrateur. On ne saurait d'ailleurs admettre qu'en faisant des améliorations sur des biens dotaux, ou en s'abstenant de faire une coupe immédiatement après l'époque déterminée par l'aménagement, le mari ait entendu exercer une libéralité au profit de sa femme. Voy. pour la première proposition : Delvincourt, III, p. 115 et 116; Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 13, n° 3; Toullier, XIV, 324 à 326; Duranton, XV, 463; Proudhon, *op. cit.*, V, 2662; Tessier, II, p. 195; Benoît, II, 240 et suiv.; Sériziat, n°s 70 et 213; Odier, III, 1425 à 1430; Taulier, V, p. 266; Rodière et Pont, III, 1724; Troplong, IV, 3594; Marcadé, sur l'art. 1562, n° 1; Zachariæ, § 540, texte et note 3; Caen, 5 décembre 1826, Sir., 27, 2, 161; Bastia, 29 décembre 1856, Sir., 57, 2, 333. Voy. pour la seconde proposition : Benoît, I, 147; Toullier, XIV, 314; Rodière et Pont, III, 1725.

La mari est, à raison de la jouissance des biens dotaux, soumis, en général, à toutes les obligations que la loi impose à un usufruitier ordinaire. Art. 1562. Ainsi, il est tenu de faire dresser inventaire des meubles constitués en dot. Art. 600. A défaut d'accomplissement de cette obligation, la femme ou ses héritiers sont autorisés à prouver contre lui [29], par témoins et même par commune renommée, la consistance du mobilier dotal non inventorié [30], dont l'apport se trouverait d'ailleurs justifié [31]. Le mari est également tenu de faire constater l'état des immeubles dotaux au moment de son entrée en jouissance. Art. 600. Mais, par exception aux règles relatives à l'usufruit ordinaire, le mari est, à moins de stipulation contraire au contrat de mariage, dispensé de fournir caution pour la restitution de la dot. Art. 1550.

La jouissance des biens dotaux étant concédée au mari, bien moins dans son intérêt personnel, qu'en sa qualité de chef de l'association conjugale, et pour lui fournir les moyens de pourvoir à l'entretien de la femme et des enfants, ainsi qu'aux frais du ménage, on doit en conclure qu'à la différence d'un usufruit ordinaire, cette jouissance n'est susceptible, ni de cession, ni d'hypothèque, ni de saisie [32]. Toutefois, comme l'excédant éventuel des fruits et revenus dotaux sur les besoins de la famille, constitue pour le mari un émolument dont il est appelé à profiter personnellement, rien n'empêche que cet excédant ne puisse être cédé par ce dernier, ou

29 La consistance du mobilier dotal ne peut, à l'égard des créanciers du mari, être établie qu'au moyen d'un état ayant acquis date certaine antérieurement à leurs poursuites. Cpr. art. 1328.

30 Benoît, I, 167. Odier, III, 1209. Cpr. Battur, II, 505. — M. Duranton (XV,412) ne paraît admettre la preuve par témoins ou par commune renommée que relativement au mobilier dotal échu à la femme pendant le mariage. Mais l'art. 600 s'applique *a fortiori* au mari usufruitier des biens dotaux, puisqu'en sa qualité d'administrateur de ces biens, il est tenu de veiller à la conservation des droits de la femme. Voy. d'ailleurs la note suivante.

31 Autre chose est la preuve de l'apport de la dot, autre chose la preuve de la consistance de la dot, dont l'apport se trouve d'ailleurs établi. Cpr. § 540, texte n° 2.

32 Toullier, XIV, 137. Duranton, IV, 486. Odier, III, 1169. Rodière et Pont, III, 1714. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 4. Montpellier, 1er février 1828, Sir., 28, 2, 194.

saisi par ces créanciers [33]. Il est, d'ailleurs, bien entendu que les revenus échus ou perçus des biens dotaux, définitivement entrés dans le patrimoine du mari, sont à sa libre disposition, et se trouvent, d'une manière absolue, soumis aux poursuites de ses créanciers, sauf à la femme à demander, le cas échéant, la séparation de biens [34].

§ 536.

Continuation. — 2° Des droits de la femme.

La femme conserve, en général, la propriété des biens dotaux [1]. De là résultent les conséquences suivantes :

a. Le mari ne peut renoncer aux droits de la femme sur des biens dotaux, et notamment à une succession qui lui est échue [2].

b. La femme supporte la perte des biens dotaux ou les détériorations qu'ils peuvent subir, à moins que cette perte ou ces détériorations ne proviennent de la faute ou de la négligence du mari. Art. 1566 et 1567.

33 Marcadé, *loc. cit.* Req. rej., 3 juin 1839, Sir., 39, 1, 583. Req. rej., 17 mars 1856, Sir., 56, 1, 515. Cpr. Agen, 1er février 1870, Sir., 70, 2, 311. — Les créanciers envers lesquels la femme se serait obligée seule, avec la simple autorisation du mari, seraient-ils autorisés à saisir, au détriment de ce dernier, la portion de revenus excédant les besoins du ménage? Voy. sur cette question : § 538, texte n° 2.

34 Rodière et Pont, III, 1765. Cpr. cep. Tessier, *De la dot*, I, p. 358 et 359, et *Questions sur la dot*, nos 139 à 141; Troplong, IV, 3287 et suiv. Ces derniers auteurs semblent accorder au mari l'entière disposition des revenus dotaux, sans distinction entre les revenus échus et ceux à échoir, de telle sorte que l'effet des cessions par lui passées ou des saisies pratiquées par ses créanciers, ne pourrait, même en ce qui concerne la portion de ces revenus nécessaire aux besoins du ménage, être paralysé qu'au moyen d'une demande en séparation de biens formée par la femme. Si telle était effectivement leur manière de voir, nous ne saurions y donner notre adhésion en ce qui touche les revenus à échoir, qui ne sont point encore définitivement entrés dans le patrimoine du mari. Nous pensons que ce dernier pourrait lui-même, en sa qualité de gardien des intérêts dotaux, provoquer la nullité des cessions ou des saisies, dans la mesure de ce qui serait nécessaire aux besoins de la famille.

1 Cpr. § 535, texte et note 1.

2 Bellot des Minières, IV, p. 416. Zachariæ, § 536, texte et note 5.

c. Les créanciers du mari ne peuvent valablement saisir, ni les immeubles dotaux, ni même les meubles, corporels ou incorporels, faisant partie de la dot; et le mari, en sa qualité de gardien des intérêts dotaux, est autorisé à demander la nullité des saisies portant sur des biens de cette nature [3]. Le même droit appartiendrait à la femme, si les poursuites avaient été dirigées simultanément contre elle et contre son mari [4]. Elle devrait même, en pareil cas, proposer le moyen de nullité qui lui compète, dans les délais fixés par le Code de procédure, sous peine de déchéance de toute action ultérieure en revendication contre les tiers adjudicataires des biens dotaux [5]. Que si les poursuites avaient été dirigées contre le mari seul, la femme serait sans qualité pour former la demande en distraction de ses biens induement saisis, à moins de provoquer au préalable la séparation des biens. Mais aussi conserverait-elle son action en revendication en ce qui concerne les immeubles dotaux, malgré le jugement d'adjudication prononcé contre le mari [6].

[3] Cette proposition, incontestable quant aux immeubles, en présence de l'art. 1554, doit être admise, quant aux meubles, comme conséquence du principe posé au texte, même dans le système de l'aliénabilité de la dot mobilière. Tessier, *Quest. sur la dot*, n°s 59 et 60. Voy. en sens contraire: Troplong, IV, 3243 à 3245. Cet auteur prétend que, par cela même que le mari peut vendre ou céder les meubles dotaux, ses créanciers sont également autorisés à les saisir. Cette argumentation n'est rien moins que concluante, puisque, à notre avis du moins, ce n'est qu'en qualité d'administrateur, et non point comme propriétaire, que le mari a le droit de vendre ou de céder les meubles dotaux. Cpr. § 535, texte, notes 1 et 3. — Il est, du reste, bien entendu que, si le mari avait donné en nantissement des meubles dotaux à un tiers de bonne foi, et que particulièrement, s'il avait garni de pareils meubles un appartement à lui loué, la saisie en serait permise en vertu de la validité même du nantissement. Troplong, IV, 3246. Tessier, *op. cit.*, n°s 121 et 129. Rodière et Pont, III, 1775. Paris, 2 juin 1831, Sir., 31, 2, 195. Civ. cass., 4 août 1856, Sir., 57, 1, 216.

[4] Bien que la femme n'ait pas l'exercice des actions dotales, on ne saurait cependant lui dénier, quand elle a été mise en cause, le droit de se défendre.

[5] Toute revendication ultérieure de la femme se trouverait repoussée, en ce qui concerne les meubles, par la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre*, et en ce qui touche les immeubles, par la disposition de l'art. 728 du Code de procédure et l'effet du jugement d'adjudication. Voy. sur ce dernier point, les autorités citées à la note 19 du § 538.

[6] Bordeaux, 29 juillet 1857, Sir., 58, 2, 65.

d. Le capital d'une créance dotale, dont se trouve débiteur un créancier du mari, ne se compense pas de plein droit avec la dette de ce dernier, et *vice versâ* [7]. Mais il en est autrement des intérêts des créances dotales, qui se compensent de plein droit, au fur et à mesure de leur échéance, avec les intérêts et même avec le capital de la dette du mari [8].

D'un autre côté, rien n'empêche que le mari, poursuivi par son créancier, ne puisse lui opposer en compensation une créance dotale [9]. Mais le créancier du mari ne jouirait pas de la même faculté, dans l'hypothèse inverse [10].

7 L'opinion contraire est assez généralement admise. Voy. Duranton, XII, 415; Taulier, V, p. 260; Troplong, IV, 3235 et suiv.; Caen, 18 juillet 1854, Sir., 56, 2, 180. Mais cette opinion est en opposition formelle avec le principe posé en tête du paragraphe; et on ne pourrait la soutenir qu'en reconnaissant au mari le *dominium civile* de la dot. Si le mari est autorisé à toucher et à céder les créances dotales, ce n'est pas à dire pour cela qu'il en soit personnellement titulaire. Il faut toujours distinguer en lui deux personnes, celle de propriétaire de son propre patrimoine, et celle de représentant des intérêts dotaux. C'est ainsi qu'il est admis à demander l'annulation de la vente par lui consentie d'un immeuble dotal, sans qu'on puisse lui apposer la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellet exceptio*; et cela, quand même il s'est formellement soumis à la garantie. Cpr. § 537, texte n° 2, et note 31. De même aussi, il faut reconnaître que la compensation légale ne saurait s'opérer entre une créance dont il est débiteur en son nom personnel, et une créance qu'il n'a pouvoir de toucher qu'en qualité d'administrateur de la dot. Le système contraire présenterait d'ailleurs les plus graves inconvénients, en ce qu'il enlèverait au mari jusqu'à la possibilité d'employer aux besoins de la famille, toute créance dotale due par une personne dont il se trouverait être débiteur en son propre nom. Voy. en ce sens: Bidard, *Observations* sur l'arrêt de Caen ci-dessus cité, Sir., 56, 2, 180, à la note; Desjardins, *De la compensation*, n° 108; Larombière, *Des obligations*, III, art. 1291, n° 8; Rodière et Pont, III, 1861.

8 Les intérêts des créances dotales deviennent, en effet, au fur et à mesure de leur échéance, la propriété du mari. Cpr. § 535, texte n° 2, et note 34. Bastia, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 207. Desjardins et Larombière, *locc. citt.*

9 Il ne s'agit plus ici que d'une compensation facultative. Le mari est autorisé à la faire valoir, par cela même qu'il a le pouvoir de toucher la créance dotale offerte par lui en compensation à son propre créancier. Rodière et Pont, *loc. cit.* Nîmes, 31 décembre 1856, Sir., 57, 2, 438. Limoges, 18 février 1862, Sir., 63, 2, 62.

10 Rodière et Pont, *loc. cit.* Nîmes, 5 décembre 1860, Sir., 61, 2, 1.

La règle d'après laquelle la femme reste propriétaire des biens dotaux, souffre exception en ce qui concerne les choses dont on ne peut user sans les consommer, et celles qui, par leur nature, sont destinées à être vendues. La propriété de pareils objets passe au mari, par suite du quasi usufruit auquel ils sont soumis à son profit. Arg. art. 1551.

La règle dont s'agit souffre encore exception en ce qui concerne les objets livrés au mari par suite d'une estimation faite au contrat de mariage, dans l'intention de lui en transférer la propriété. Cette intention est légalement présumée quant aux objets mobiliers, à moins que les parties n'aient déclaré que l'estimation n'en emporterait pas vente. Au contraire, elle ne peut être admise, quant aux immeubles, qu'autant que les parties ont expressément déclaré que l'estimation en vaudrait vente. Art. 1551 et 1552. Le mari, devenu propriétaire d'objets qu'il a reçus sur estimation, est débiteur du prix d'évaluation, et n'est débiteur que de ce prix, peu importe que ces objets aient diminué ou augmenté de valeur.

La femme, quoique privée pendant le mariage, et jusqu'à séparation de biens, de l'exercice des actions dotales, est cependant autorisée à faire de simples actes conservatoires de ses droits, pourvu qu'ils n'exigent, ni une poursuite, ni l'introduction d'une action. Au cas contraire, la femme devrait, au préalable, former sa demande en séparation en biens, ou tout au moins faire suivre immédiatement, d'une pareille demande, les poursuites ou actions qu'elle aurait exercées ou introduites à titre d'actes conservatoires [11].

§ 537.

De l'inaliénabilité des immeubles dotaux [1].

1° *De la portée de la prohibition d'aliéner les immeubles dotaux.*

Les immeubles dotaux, corporels ou incorporels, ne peuvent, en général, être aliénés, pendant le mariage, ni par le mari ou par

[11] Cpr. § 535, texte n° 1, notes 8 et 9. Rodière et Pont, III, 1757.

[1] Tout ce qui est relatif à l'inaliénabilité des biens dotaux, et à la faculté de les aliéner, qui peut exceptionnellement appartenir aux époux, est régi par la loi

la femme séparément, ni par les deux époux conjointement. Art. 1554. Il en est ainsi, même des immeubles dotaux de la femme marchande publique. Code de commerce, art. 7.

La séparation de biens prononcée à la demande de la femme, ou virtuellement attachée à la séparation de corps, ne fait pas cesser l'inaliénabilité des biens dotaux [2].

La prohibition d'aliéner les immeubles dotaux s'applique indistinctement à tous les actes d'aliénation ou de disposition entre-vifs, tels, par exemple, que la vente, quoique faite à réméré [3], l'échange, la transaction [4], le compromis [5], le partage d'ascendant [6], et même l'institution contractuelle [7].

en vigueur lors de la passation du contrat de mariage, et non par celle sous l'empire de laquelle ces biens ont été acquis. Chabot, *Questions transitoires*, I, p. 133 et 337. Merlin, *Rép.*, v° Effet rétroactif, sect. III, § 3, art. 1 ; et *Quest.*, v° Sénatus-consulte velléien, § 3. Duranton, I, 52. Benoit, *De la dot*, I, 205. Tessier, *De la dot*, I, 77. Demolombe, I, 44. Civ. cass., 27 août 1810, Sir., 10, 1, 372. Civ. cass., 3 septembre 1811, Sir., 11, 1, 346. Req. rej., 20 avril 1813, Sir., 14, 1, 132. Bordeaux, 2 août 1813, Sir., 15, 2, 106. Poitiers, 11 décembre 1832, Sir., 33, 2, 298. Grenoble, 7 décembre 1832, Sir., 33, 2, 489. Civ. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975. Req. rej., 16 mai 1843, Sir., 43, 1, 584. Lyon, 11 décembre 1846, Sir., 47, 2, 321.

2 Voy. sur les effets de la séparation de biens sous le régime dotal : § 539.

3 Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190.

4 Cpr. § 420, texte et note 2. Tessier, I, p. 367. Duranton, XVIII, 407. Odier, III, 1247. Zachariæ, § 537, texte et note 4. Nîmes, 30 décembre 1830, Sir., 31, 2, 182. Voy. cep. Rodière et Pont, III, 1856 ; Paris, 16 mai 1829, Sir., 29, 2, 256 ; Grenoble, 20 janvier 1865, Sir., 65, 2, 240.

5 Arg. C. de Procédure, art. 1004 cbn. 83. Tessier, I, p. 372. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, III, 1858. Troplong, IV, 3115. Montpellier, 15 novembre 1830, Sir., 31, 2, 318. Grenoble, 25 mars 1831, Sir., 32, 2, 41. Bordeaux, 22 mai 1832, Sir., 32, 2, 537. Pau, 26 mars 1836, Sir., 36, 2, 431. Req. rej., 29 janvier 1838, Sir., 38, 1, 751. Req. rej., 18 mai 1841, Sir., 41, 1, 545. Civ. cass., 17 décembre 1849, Sir, 50, 1, 202. Civ. cass., 22 août 1865, Sir., 65, 1, 398. Voy. cep. Riom, 8 juin 1809, Sir., 10, 2, 235.

6 Un pareil partage ne pourrait être maintenu, qu'autant qu'il aurait été fait en conformité des art. 1555 et 1556. Req. rej., 18 avril 1864, Sir., 64, 1, 174. Caen, 11 juin 1869, Sir., 70, 2, 36.

7 Voy. § 739, texte n° 2.

Elle comprend la constitution de servitudes ou d'hypothèques[8], et emporte, comme conséquence, la défense d'engager les immeubles dotaux, soit directement par voie d'antichrèse[9], soit indirectement par l'effet d'obligations que contracterait la femme[10].

On doit aussi en conclure que la femme ne peut compromettre le sort de ses biens dotaux par des aveux ou des déclarations quelconques[11], et qu'elle ne peut valablement acquiescer au jugement qui a rejeté sa demande en nullité de la saisie d'immeubles dotaux, ni se désister d'une pareille demande[12].

Pour mieux assurer la conservation des immeubles dotaux, et à raison de leur inaliénabilité, la loi les déclare, sous certaines restrictions, imprescriptibles pendant le mariage. Art. 1561[13].

La prohibition d'aliéner les immeubles dotaux ne s'étend pas aux dispositions de dernière volonté[14]. On doit, sous ce rapport, assimiler aux dispositions testamentaires, la donation, essentiellement révocable, faite, pendant le mariage, par la femme au mari[15].

8 Duranton, XV, 535. Pardessus, *Des servitudes*, II, 249. Odier, III, 1246. Rodière et Pont, III, 1764. Troplong, IV, 3275. Zachariæ, § 537, texte et note 2. — Il est bien entendu que les immeubles dotaux ne sont point affranchis des servitudes légales, et spécialement de la servitude de passage en cas d'enclave; mais, ni la femme, ni le mari, ne pourrait consentir à l'exercice de cette servitude sur un immeuble dotal, si le passage devait, d'après l'art. 683, être pris sur un autre héritage. Voy. note 53 *infra*. Cpr. civ. cass., 17 juin 1863, Sir., 63, 1, 360. — Voy. aussi sur les constitutions d'hypothèques : texte n° 5, et notes 107 à 109 *infra*.

9 Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190. Voy. cep. Civ. rej., 3 juin 1839, Sir., 39, 1, 583.

10 Cette proposition sera développée au § 538.

11 Req. rej., 13 juin 1860, Sir., 61, 1, 174.

12 Grenoble, 23 juillet 1859, Sir., 60, 2, 180. Pau, 12 août 1868, Sir., 68, 2, 299.

13 Cet article sera expliqué au n° 3 ci-après.

14 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 207, n° 35). Tessier, I, p. 310. Duranton, XV, 536. Odier, III, 1247. Rodière et Pont, III, 1769. Zachariæ, § 537, texte et note 7. Req. rej., 14 août 1821, Sir., 21, 1, 433. Bordeaux, 20 décembre 1832, Sir., 33, 2, 279.

15 Tessier, I, note 515. Duranton, *loc. cit.* Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, IV, 3273. Zachariæ, § 507, texte et note 8. Req. rej., 1er décembre 1824. Sir., 25, 1, 135. Riom, 5 décembre 1825, Sir., 27, 2, 45. Caen, 8 mai 1866, Dalloz, 1867, 2, 161. Cette proposition paraît, à raison de la révocabilité

Elle ne fait pas obstacle à ce que les époux procèdent à l'amiable au partage d'une succession indivise entre la femme et des tiers, et comprise pour sa part dans la constitution de la dot[16], sauf à se conformer à la disposition de l'al. 6 de l'art. 1558,

absolue des donations faites entre époux pendant le mariage (1096), incontestable en principe, alors même qu'il s'agit d'une donation portant sur des biens présents. Nous ferons cependant remarquer que, dans le cas où la femme, après avoir fait donation d'immeubles dotaux à son mari, viendrait à perdre l'usage de la raison, et se trouverait ainsi placée, de fait, dans l'impossibilité d'user du droit de révocation, que personne ne pourrait exercer en son nom ou de son chef, le maintien de la donation et son exécution seraient de nature à compromettre gravement les intérêts de la famille et de la femme elle-même, et conduiraient à des résultats incompatibles avec le but du régime dotal, si aucun remède, même temporaire, ne pouvait être apporté à la situation. En effet, le mari se trouvant saisi, par l'effet même de la donation faite à son profit, des biens présents qui en forment l'objet, rien n'empêcherait qu'il en disposât et que ses créanciers ne les saisissent. Il pourrait en résulter que la famille fût privée de fruits ou de revenus dont la jouissance lui serait devenue indispensable. Nous estimons que, dans une pareille situation, le mari lui-même, pendant le mariage, et, après sa dissolution, le tuteur de la femme, seraient autorisés à demander, à titre de mesure provisoire ou de conservation, la remise entre leurs mains de ces fruits ou revenus, jusqu'à concurrence des besoins de la famille.

16 Troplong, IV, 3112. Demolombe, XV, 606. Bordeaux, 11 février 1836, Sir., 36, 2, 223. Req. rej., 29 janvier 1838, Sir., 38, 1, 751. Rouen, 4 décembre 1838, Sir., 39, 2, 195. Caen, 9 mars 1839, Sir., 39, 2, 951. Rouen, 23 juin 1843, Sir., 43, 2, 486. Grenoble, 18 janvier 1849, Sir., 52, 2, 395. Bordeaux, 29 avril 1856, Sir., 57, 2, 54. Req. rej. 31 janvier 1859, Sir., 60, 1, 351. Voy. en sens contraire: Tessier, I, p. 412, note 626; Lacoste et Raffet, *Consultation*, Sir., 36, 2, 324, à la note; Sériziat, n° 169; Rodière et Pont, III, 1857. Voy. aussi : Duranton, VII, 127, et XV, 506 ; Marcadé, sur l'art. 1549, n° 3, et sur l'art. 1558, n° 5. Ces deux derniers auteurs, tout en reconnaissant que le partage peut avoir lieu à l'amiable, quand il s'agit d'immeubles déterminés, se prononcent en sens contraire pour le partage d'une succession. Notre opinion, sur ce point, ne se fonde pas précisément sur l'art. 883, dont l'application directe à la cause serait peut-être contestable ; elle repose sur les raisons suivantes : le partage est une opération à laquelle les époux ne peuvent se refuser à concourir, lorsqu'elle est provoquée par leurs cohéritiers, et qu'ils sont eux-mêmes autorisés à provoquer, s'ils jugent utile ou nécessaire de sortir d'indivision. Sous l'un, comme sous l'autre de ces aspects, le partage échappe à la prohibition d'aliéner les immeubles dotaux. Il ne reste donc que la question de la forme : or, l'art. 819 autorise les parties intéressées, si elles sont majeures (ce qu'il faut supposer), à procéder au partage par tel acte et dans la forme qu'elles jugent convenables ; et l'on ne trouve dans les art. 1554 et suiv. aucune dis-

dans le cas où il s'agirait de liciter des immeubles dépendants de la succession[17].

Elle est d'ailleurs étrangère à l'expropriation pour cause d'utilité publique[18], et n'empêche pas qu'un jugement, qui a reconnu à un tiers la propriété d'un immeuble dotal, ou qui a mal à propos méconnu la dotalité d'un pareil immeuble, ne puisse acquérir, pendant le mariage, l'autorité de la chose jugée[19].

Du reste, rien ne s'oppose à ce que, soit un tiers, soit le mari, soit la femme elle-même, se porte garant du maintien et de l'exécution d'actes d'aliénation d'immeubles dotaux[20].

2° *Du caractère de la nullité des actes d'aliénation d'immeubles dotaux. — De l'exercice de l'action en nullité, et des fins de non-recevoir qui peuvent y être opposées.*

La prohibition d'aliéner les immeubles dotaux a pour unique objet d'empêcher que les intérêts de la femme ou de ses héritiers, et ceux du mari, comme chef de l'union conjugale, ne soient compromis par des actes faits pendant le mariage.

Il en résulte, que la nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal

position qui déroge à ce principe. L'art. 1558, al. 6, qui n'exige l'intervention de la justice que pour la licitation, semble même indiquer que, dans la pensée du législateur, le partage en nature peut se faire à l'amiable. Nous ajouterons que, dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, qui a prévalu, la question n'a pas l'importance qu'elle aurait dans le système contraire.

17 Bordeaux, 11 février 1836, Sir., 36, 2, 323. Cpr. Troplong, IV, 3113.

18 Loi du 3 mai 1841, art. 25. Cpr. § 534, texte n° 4, lett. *g*; § 535, texte n° 1, et note 15.

19 Zachariæ, § 537, texte et note 50. Req. rej., 26 novembre 1822, Sir., 49, 1, 641, à la note. Cpr. § 535, texte n° 1, note 11; Grenoble, 19 novembre 1831, Sir., 32, 2, 557; Riom, 4 février 1843, Sir., 43, 2, 186.

20 Cette proposition est généralement admise en ce qui concerne la garantie donnée par un tiers ou par le mari : Cpr. § 423, texte et note 6. Bellot des Minières, IV, p. 200. Tessier, II, 689. Rodière et Pont, III, 1280. Duranton, XV, 525. Ponsot, *Du cautionnement*, n° 55. Zachariæ, § 424, note 11, et § 537, note 10. Voy. cep. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 8, n° 5. Mais elle est contestée quant au cautionnement donnée par la femme. Voy. texte n° 2, et note 51 *infra*.

n'est que relative, et que l'acquéreur n'est pas admis à l'opposer [21]. Il en est ainsi, dans le cas même où la dotalité n'a pas été déclarée, ainsi que dans celui où l'immeuble a été vendu comme paraphernal [22]. Dans ces deux cas, l'acquéreur pourrait seulement, en vertu de l'art. 1653, se refuser à payer son prix. Que si le mari avait vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant, l'acquéreur serait en droit de demander la nullité de la vente, conformément à l'art. 1599 [23].

Il suit encore du but spécial en vue duquel la loi prohibe l'aliénation du fonds dotal, que la nullité d'une pareille aliénation ne peut être invoquée, ni par les créanciers du mari [24], ni même par les créanciers chirographaires de la femme, leurs créances fussent-elles antérieures au contrat du mariage [25]. La même solution s'ap-

21 Duranton, XV, 528. Tessier, II, p. 4, note 687. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 187. Odier, III, 1337. Rodière et Pont, III, 1883. Troplong, IV, 3516 et suiv. Zachariæ, § 537, note 10. Civ. rej., 11 décembre 1815, Sir., 16, 1, 161. Req. rej., 25 avril 1831, Sir., 32, 1, 623.

22 Toullier, XIV, 236 à 238. Troplong, IV, 3521. Grenoble, 24 décembre 1828, Sir., 29, 2, 150. Paris, 26 février 1833, Sir., 33, 2, 230. Voy. cep. Rodière et Pont, *loc. cit.* Ces auteurs, tout en admettant la solution donnée au texte, pour l'hypothèse où la dotalité de l'immeuble n'a pas été déclarée, la rejettent dans celle où il aurait été vendu comme paraphernal. Mais une pareille déclaration, quoique mensongère, ne saurait, ainsi qu'ils le supposent à tort, être assimilée à une manœuvre frauduleuse. Cpr. art. 1307; § 335, texte n° 1.

23 Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 9. Tessier, II, p. 11. Duranton, XV, 522. Odier, III, 1338. Rodière et Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire: Toullier, XIV, 239 et suiv.; Troplong, IV, 3522. Cpr. Req. rej., 11 décembre 1815, Sir., 16, 1, 161.

24 Rodière et Pont, III, 1872. Marcadé, sur l'art. 1560, n° 5. Troplong, IV, 3530.

25 Bien que la faculté accordée à la femme de demander la nullité de la vente du fonds dotal, constitue pour elle un droit pécuniaire, faisant partie intégrante de son patrimoine, elle ne lui est cependant concédée qu'en sa qualité de femme mariée sous le régime dotal, qualité qui lui est toute personnelle, et dont ses créanciers ne sauraient se prévaloir. Il serait d'ailleurs peu juridique que les créanciers antérieurs à la passation du contrat de mariage, qui avaient conservé le droit de poursuivre les biens dotaux malgré leur inaliénabilité, pussent trouver dans cette inaliénabilité même, le moyen de se créer un droit de suite sur ces biens. Voy. en ce sens: Zachariæ, § 537, note 10, *in fine*; Troplong, IV, 3519; Marcadé, *loc. cit.*; Nîmes, 2 avril 1832, Sir., 32, 2, 519; Montpellier, 17 juillet 1846, Sir., 46, 2, 559; Paris, 12 janvier 1858, Sir., 58, 2, 256; Civ.

plique à la nullité des hypothèques constituées sur des immeubles dotaux. Mais les créanciers de la femme, qui ont acquis des hypothèques valables sur de pareils immeubles, sont en droit de demander la nullité des aliénations ou des constitutions hypothécaires induement consenties, et qui seraient de nature à porter atteinte à leurs propres droits [26].

La nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal peut être proposée tant par le mari que par la femme, ainsi que par les héritiers ou successeurs universels de cette dernière. Art. 1560.

Lorsqu'il s'agit d'aliénations faites par le mari seul ou avec le concours de la femme, celle-ci n'est pas réduite à l'action en nullité de ces aliénations. Elle a l'option, soit de les faire révoquer, soit de réclamer du mari ou de ses héritiers une indemnité pour la valeur des immeubles aliénés [27].

rej., 18 juillet 1859, Sir., 60, 1, 432. Voy. en sens contraire : Tessier, II, p. 86 ; Sériziat, n° 196 ; Odier, III, 1336 ; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 104 ; Larombière, *Des obligations*, I, art. 1166, n° 12 ; Demolombe, XXV, 87. Voy. aussi : Rodière et Pont, III, 1873.

26 Ces créanciers, en effet, n'agissent pas en vertu de l'art. 1166, mais en leur nom personnel, pour faire valoir un droit réel qui leur est propre. Civ. cass., 27 mai 1851, Sir., 51, 1, 385. Toulouse, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 611. Civ. rej., 18 juillet 1859, Sir., 60, 1, 132.

27 La femme pourrait avoir intérêt à prendre ce dernier parti, dans le cas où l'immeuble aliéné aurait péri ou subi des dégradations par le fait de l'acquéreur, devenu insolvable, ainsi que dans celui où cet immeuble n'aurait plus, à la dissolution du mariage, qu'une valeur inférieure au prix d'aliénation ; et, en l'absence même d'un intérêt de cette nature, elle doit demeurer juge de la convenance qu'il peut y avoir pour elle à ne point user de son action en nullité et à se contenter d'une indemnité. En vain dit-on que l'option que nous reconnaissons à la femme, est incompatible avec l'art. 1560, qui ne lui donne d'autre droit que celui de faire révoquer l'aliénation. Cet article, en effet, se bornant à régler l'exercice de ce droit, quant aux personnes qui en jouissent et quant aux époques respectives auxquelles elles peuvent en user, rien n'autorise à en conclure que le législateur ait entendu refuser à la femme ou à ses héritiers, la faculté de répéter, contre le mari, le prix d'aliénation par lui touché. En vain également se prévaut-on de l'intérêt des créanciers de ce dernier, qui s'opposerait à ce que la femme pût, en renonçant au droit de faire annuler l'aliénation, invoquer son hypothèque légale à leur détriment. En raisonnant ainsi, on oublie qu'il s'agit ici d'une nullité relative que les créanciers du mari sont sans qualité à faire valoir, et sur l'effet de laquelle ils n'étaient pas légalement autorisés à compter. Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 9. Tessier, II, p. 62. Troplong, *Des hypothèques*, II,

Elle peut, même pendant le mariage, et par mesure conservatoire, demander, dans les ordres ouverts sur le mari, une collocation provisoire ou éventuelle pour le montant de cette indemnité, qui se trouve garantie par l'hypothèque légale[28].

Le mari peut provoquer l'annulation, non-seulement des aliénations faites par la femme sans son concours, mais encore de celles qu'elle a faites avec son autorisation, ou qu'il a lui-même consenties. A plus forte raison, la femme est-elle admise à revenir contre les aliénations qu'elle a faites, ou auxquelles elle a concouru. Art. 1560.

L'action en nullité compétant au mari est ouverte dès l'instant de l'aliénation ; mais il n'a plus qualité pour l'exercer après la dissolution du mariage, ni même après la séparation de biens[29]. Quant à

612 et suiv. Coulon, *Questions*, II, p. 324. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n°s 111 et 112. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 1, 474. Rodière et Pont, III, 1871. Zachariæ, § 537, note 12. Civ. cass., 24 juillet 1821, Sir., 21, 1, 422. Rouen, 28 mars 1823, Sir., 24, 2, 10. Aix, 1er février 1826, Sir., 28, 2, 47. Req. rej., 27 juillet 1826, Sir., 27, 1, 246. Pau, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 208. Civ. cass., 28 novembre 1838, Sir., 38, 1, 963. Req. rej., 16 novembre 1847, Sir., 48, 1, 25. Bordeaux, 8 janvier 1851, Sir., 52, 2, 401. Req. rej., 2 mai 1855, Sir., 55, 1, 420. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, I, 260 ; Benoît, *De la dot*, I, 261 ; Bellot des Minières, IV, p. 164 et suiv. ; Taulier, V, p. 338 ; Sériziat, n° 194 ; Grenoble, 8 mars 1827, Sir., 27, 2, 175; Grenoble, 31 août 1827, Sir., 28, 2, 173 ; Poitiers, 14 décembre 1830, et Montpellier, 7 janvier 1831, Sir., 31, 2, 214 ; Grenoble, 12 janvier 1835, Sir., 35, 2, 331 ; Caen, 11 janvier 1831 et 5 décembre 1836 ; Sir., 37, 2, 161 ; Grenoble, 7 avril 1840, Sir., 41, 2, 222.

28 Il n'est sans doute pas permis à la femme de substituer, pendant le mariage, une dot mobilière à ses immeubles dotaux. Mais s'il résulte de ce principe que la femme ne peut, tant que dure le mariage, et même après séparation de biens, demander une collocation définitive pour la valeur de ses immeubles dotaux indûment aliénés, rien ne s'oppose à ce que, tout en conservant le droit de faire révoquer l'aliénation, elle réclame une collocation provisoire, pour le cas où, après la dissolution du mariage, elle jugerait convenable de s'en tenir à la restitution du prix d'aliénation. Voy. les autorités citées à la note précédente. Cpr. aussi : § 539, texte et note 6, et Req. rej., 3 décembre 1861, Sir., 62, 1, 405.

29 Ce serait à tort qu'on se prévaudrait, en sens contraire, de la première partie du second alinéa de l'art. 1560, portant : « Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation *pendant le mariage*. » Les deux alinéas de l'art. 1560 doivent, en effet, être interprétés d'une manière corrélative : la femme reprenant par la séparation de biens l'exercice des actions dotales, la même raison, qui lui fait

l'action de la femme, elle ne s'ouvre que par la dissolution du mariage ou par la séparation de biens [30]. Art. 1560.

L'obligation de garantie à laquelle le mari se trouverait soumis, et même la promesse, par lui donnée, de faire ratifier la vente de l'immeuble dotal après la dissolution du mariage, ne forment point, en général, obstacle à l'exercice de son action en nullité [31]. L'action de la femme ne peut pas davantage être écartée par le motif qu'elle se serait formellement portée garante de la vente [32]. Enfin, l'action des deux époux reste recevable malgré la circonstance que le prix

alors accorder l'action en nullité, doit aussi la faire refuser au mari. Odier, III, 1328. Rodière et Pont, III, 1870. Troplong, IV, 3528. Marcadé, sur l'art. 1560, n° 8. Zachariæ, § 537, note 15.

30 Tessier, II, note 761. Benoît, *De la dot*, I, 253. Sériziat, n° 184. Odier, III, 1331. Rodière et Pont, III, 1871. Troplong, IV, 3541. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 537, texte et note 11. Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 228 ; Rouen, 3 août 1833, Sir., 40, 2, 70. Suivant cette dernière opinion, la femme pourrait, même durant le mariage, et avant séparation de biens, intenter, avec l'autorisation du mari, l'action en nullité de la vente du fonds dotal. Mais cette manière de voir, que repoussent le texte et l'économie de l'art. 1560, est également contraire au principe posé dans le second alinéa de l'art. 1549. Cpr. § 535, texte n° 1, notes 9 et 10.

31 On ne peut, en pareil cas, opposer au mari, la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. En attaquant l'aliénation d'un immeuble dotal, le mari agit, bien moins en son nom personnel, qu'en qualité de chef de l'union conjugale et d'administrateur des biens dotaux. On ne saurait donc repousser son action au moyen d'une exception tirée d'un engagement qui lui est personnel. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 232 et 233, n° 14). Rodière et Pont, III, 1871. Troplong, IV, 3525 et 3526. Grenoble, 13 février 1824, Sir., 26, 2, 40. Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404. Voy. en sens contraire : Odier, III, 1345 ; Zachariæ, § 537, texte et note 16. L'arrêt de la chambre des requêtes du 27 juillet 1829 (Sir., 29, 1, 370), que ce dernier auteur invoque à l'appui de son opinion, ne statue pas sur l'hypothèse dont il s'agit ici, mais sur celle dont il sera traité texte et note 34 *infra*.

32 La femme, en effet, ne peut pas faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement, et s'enlever, par une promesse de garantie donnée pendant le mariage, le droit de demander la nullité de la vente de l'immeuble dotal. Odier, III, 1346. Zachariæ, § 537, note 14, *in fine*. Grenoble, 16 janvier 1828, Sir., 28, 2, 315. — Nous supposons ici que l'obligation de garantie contractée par la femme est exécutoire sur ses paraphernaux. Cpr. texte et note 51 *infra*.

de vente aurait été employé en acquisition d'immeubles pour le compte de la femme [33].

Si l'exception de garantie ne peut en général être opposée, comme fin de non-recevoir, à la demande en nullité de la vente de l'immeuble dotal, il en est cependant autrement dans les hypothèses suivantes :

a. Quand la succession du mari, sur lequel pesait l'obligation de garantie, a été acceptée purement et simplement, soit par la femme, soit par les héritiers de celle-ci [34].

b. Lorsque le mari, qui se trouvait soumis à la garantie, agit comme héritier de la femme, ou que les héritiers de celle-ci, autres que le mari, ont personnellement contracté l'obligation de garantie [35].

La nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal est susceptible de se couvrir par la confirmation, ou par la prescription.

La confirmation, qui ne saurait intervenir d'une manière efficace tant que le mariage dure, ni même après séparation de biens, est valable, lorsqu'elle a été faite postérieurement à la dissolution du

[33] Il y aurait bien lieu en pareil cas à restitution du prix ; mais, comme les immeubles acquis pour le compte de la femme ne sont pas devenus dotaux, l'emploi du prix ne crée pas de fin de non recevoir contre l'action en nullité. Zachariæ, § 537, texte et note 18. Agen, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 535.

[34] La femme ou ses héritiers pouvant, après la dissolution du mariage, valablement renoncer à l'action en nullité qui leur compète, rien ne s'oppose à ce que l'obligation de garantie, à laquelle ils se trouvent soumis du chef du mari par l'acceptation pure et simple de sa succession, produise tous ses effets, et donne lieu à l'application de la règle *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Cpr. Delvincourt, III, p. 112; Tessier, II, note 706 ; Odier, III, 1347 ; Troplong, IV, 3553 ; Marcadé, sur l'art. 1560, n° 4; Riom, 31 janvier 1828, Sir., 28, 2, 251 ; Req. rej., 27 juillet 1829, Sir., 29, 1, 370; Req. rej., 2 janvier 1838, Sir., 38, 1, 568; Civ. rej., 22 mai 1855, Sir., 55, 1, 410. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 537, note 14, *in medio*.

[35] Dans cette double hypothèse, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession de la femme n'empêcherait même pas l'application de la règle *Qui doit garantir, ne peut évincer*. Cpr. Bellot des Minières, IV, p. 209 ; Odier, III, 1345 et 1347; Troplong, IV, 3552.

mariage[36], ou par testament[37]. Conformément au Droit commun, la confirmation peut avoir lieu expressément ou tacitement. Toutefois, dans l'appréciation des faits d'exécution invoqués comme emportant confirmation tacite, il convient de tenir compte de la destination spéciale de la dot, ainsi que des motifs particuliers qui ont pu porter la femme à ne pas introduire immédiatement son action en nullité; et l'exception de confirmation ne doit être admise, qu'autant que les faits sur lesquels elle se fonde, sont de nature à ne s'expliquer que par la volonté bien arrêtée de la part de la femme de renoncer à son action en nullité. C'est ainsi que la réception, pendant un certain temps après la dissolution du mariage, des intérêts du prix de vente pourrait, selon les cas, être considérée comme n'emportant pas confirmation. Il en est de même des poursuites infructueuses exercées par la femme aux fins de paiement du prix de vente[38].

L'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal consentie, soit par les deux époux conjointement, soit par l'un des époux séparément, se prescrit par dix ans à partir de la dissolution du mariage[39]. Art. 1560 cbn. 1304.

[36] La confirmation est juridiquement impossible tant que subsiste la prohibition d'aliéner. Cpr. § 327. La séparation de biens ne fait pas cesser cette prohibition. Cpr. § 539. Mais elle disparaît avec la dissolution du mariage; et dès lors aucun obstacle ne s'oppose plus à la confirmation. Tessier, II, note 727. Odier, III, 1358 et 1359. Rodière et Pont, III, 1882. Troplong, IV, 3565. Req. rej., 11 juillet 1859, Sir., 60, 1, 35. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p. 334 et 335.

[37] La femme ayant la faculté de disposer par testament des immeubles dotaux, elle peut aussi confirmer, de cette manière, l'aliénation de pareils immeubles. Cpr. texte n° 1, et note 14 *supra*. Tessier, II, p. 25. Troplong, IV, 3566. Bordeaux, 20 décembre 1832, Sir., 33, 2, 279. Riom, 2 avril 1857, Sir., 57, 2, 602.

[38] Cpr. en sens divers sur ces propositions : Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 8, n° 2; Benoît, I, 258 et 259; Bellot des Minières, IV, p. 210 et suiv.; Sériziat, n° 193; Odier, III, 1360 et 1361 ; Rodière et Pont, III, 1882; Troplong, IV, 3564 ; Req. rej., 22 février 1827, Dalloz, 1827, 1, 148 ; Req. rej., 27 juillet 1829, Sir., 29, 1, 370 ; Civ. rej., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668; Riom, 13 décembre 1847, Sir., 48, 2, 691.

[39] Cette proposition est généralement admise pour le cas où la vente a été consentie, soit par les deux époux conjointement, soit par la femme seule. Civ. rej., 31 mars 1841, Sir., 41, 1, 397. Voy cep. Benoît. *De la dot*, I, 257. Mais elle est contestée pour l'hypothèse où l'immeuble dotal a été vendu par le mari

La séparation de biens ne fait pas courir cette prescription[40].

seul. Voy. Toullier, XIV, 232; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 554; Duranton. XV, 521; Odier, III, 1340; Rodière et Pont, III, 1894; Zachariæ, § 537, texte et note 14. Suivant ces auteurs, la prescription décennale de l'art. 1304 ne serait pas applicable à cette hypothèse, par cela même que la femme n'ayant point été partie au contrat, la vente devrait être considérée à son égard comme une vente de la chose d'autrui. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas compatible avec les règles exceptionnelles du régime dotal, règles qui ne permettent pas de regarder la femme comme étant restée complétement étrangère à une vente que le mari a passée en qualité d'administrateur des biens dotaux. C'est évidemment à ce point de vue que s'est placé le législateur en rédigeant l'art. 1560, puisque, pour l'hypothèse qui nous occupe actuellement, aussi bien que pour celles dont il a été précédemment question, cet article ne donne à la femme qu'une action en nullité, et non une action en revendication. Delvincourt, III, p. 112. Troplong, IV, 3583. Marcadé, sur l'art. 1560, n° 5. Cpr. texte et note 43 *infra.*

40 Pour justifier cette proposition, on se prévaut ordinairement des expressions de l'art. 1560, *sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée*, et l'on cherche à écarter la disposition de l'art. 1561, qui déclare les immeubles dotaux prescriptibles après séparation de biens, en disant que cette disposition ne concerne que l'usucapion opposée par un tiers détenteur à l'action en revendication des immeubles dotaux, et qu'elle est inapplicable à la prescription qu'invoquerait l'acquéreur de pareils immeubles pour repousser la demande en nullité dirigée contre son acquisition. Voy. Duranton, XV, 529; Marcadé, sur l'art. 1516, n° 2. Voy. aussi les arrêts cités à la fin de la note. Cette interprétation restrictive de l'art. 1561 ne nous paraît pas exacte. Nous croyons que, par cela même que la séparation de biens rend prescriptibles les immeubles dotaux, et restitue à la femme l'exercice des actions dotales, aucun obstacle ne s'oppose plus à ce que la prescription de l'action en nullité courre contre elle, tout aussi bien que l'usucapion. C'est ce que semble indiquer l'art. 2255, qui, en rappelant la suspension de prescription relative à l'aliénation de l'immeuble dotal, renvoie, pour les effets de cette suspension, à l'art. 1561, et non à l'art. 1560. Mais si l'action en nullité est susceptible de se prescrire après séparation de biens, ce n'est pas à dire pour cela que cette action soit soumise à la prescription exceptionnelle de l'art. 1304. Cette prescription, qui ne repose que sur une confirmation présumée, ne peut en effet commencer à courir qu'après la dissolution du mariage, puisque ce n'est qu'à cette époque que la confirmation devient possible. Telle est, à notre avis, la véritable raison par laquelle se justifie la proposition énoncée au texte. Cpr. Civ. cass., 1er mars 1847, Sir., 47, 1, 180; Civ. cass., 4 juillet 1849, Sir., 50, 1, 283; Caen, 27 janvier 1851, Sir., 51, 2, 428. Voy. en sens contraire : Valette, *Revue étrangère et française*, 1840, VII, p. 241; Odier, III, 1342; Troplong, IV, 3375 et suiv.; Nîmes, 4 janvier 1835, Sir., 36, 2, 50. D'après ces auteurs, la prescription de dix ans, établie par l'art. 1304, courrait à partir de la séparation de biens.

Mais, s'il s'était écoulé trente années depuis la séparation, sans que l'action en nullité eût été introduite, cette action se trouverait prescrite en vertu de l'art. 2262 [41], sauf le cas de suspension prévu par le n° 2 de l'art. 2256 [42].

Que si le mari avait vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant, l'action en revendication de la femme ne s'éteindrait qu'indirectement par le résultat de l'usucapion de dix à vingt ans, ou de trente ans, accomplie au profit de l'acquéreur [43]. En pareil cas, l'usucapion ne commence également à courir qu'à partir de la dissolution du mariage, et continue à demeurer suspendue malgré la séparation de biens, non pas, il est vrai, à raison de l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal, qui a cessé avec cette séparation, mais en vertu de la disposition du n° 2 de l'art. 2256. Les mêmes solutions s'appliquent à l'action en revendication que la femme dirigerait contre des sous-acquéreurs de l'immeuble dotal, aliéné, soit par les deux époux, soit par l'un d'eux, sous cette modification toutefois, que l'usucapion commencerait à courir à partir de la séparation de biens, si, le mari ne se trouvant pas garant de l'aliénation, l'action de la femme n'était pas de nature à réfléchir contre lui.

En cas d'annulation de la vente d'un immeuble dotal, l'acquéreur est tenu de le délaisser immédiatement, et ne jouit d'aucun droit de retention, soit pour la restitution du prix, soit pour le remboursement des sommes qu'il serait autorisé à réclamer à raison d'impenses par lui faites, ou à tout autre titre [44].

41 Voy. pour la justification de cette proposition, les explications données à la note précédente.

42 Civ. cass., 24 juin 1817, Sir., 17, 1, 304. Req. rej., 11 juillet 1826, Sir., 27, 1, 287. Civ. cass., 18 mai 1830, Sir., 30, 1, 266. Req. rej., 7 juillet 1830, Sir., 31, 1, 68.

43 Cette hypothèse diffère complétement de celle que nous avons examinée texte et note 39 *supra*. Le mari ayant vendu l'immeuble dotal comme lui appartenant, on ne peut plus admettre que la femme ait été représentée au contrat. L'action qui lui compète est donc une véritable action en revendication, et non plus l'action en nullité dont s'occupe l'art. 1560. Troplong, IV, 3583. Voy. en sens contraire : Marcadé (sur l'art. 1560, n° 5), qui applique encore à cette hypothèse, la prescription décennale de l'art. 1304.

44 L'exercice du droit de rétention serait inconciliable avec la destination spéciale de la dot, et la fin en vue de laquelle l'action en nullité est donnée. Odier, III, 1355. Troplong, IV, 3533 et 3555. Toulouse, 22 décembre 1834,

L'acquéreur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui a acheté dans l'ignorance de la dotalité de l'immeuble, et auquel le vice de son acquisition n'a été révélé que par la demande en nullité dirigée contre lui, ne doit la restitution des fruits qu'à partir de cette demande, peu importe qu'elle ait été introduite par le mari, par la femme, ou par ses héritiers. Que si l'acquéreur a été de mauvaise foi, il faut distinguer le cas où la demande est formée par le mari, et celui où elle l'est par la femme ou ses héritiers, Au premier cas, l'acquéreur doit, en principe, la restitution des fruits à partir du jour de son entrée en jouissance. Toutefois, s'il avait payé son prix ou les intérêts de ce prix, on devrait, ce semble, admettre, pour le temps antérieur à la demande, une compensation entre les intérêts touchés par le mari et les fruits perçus par l'acquéreur. Au second cas, ce dernier ne devrait la restitution des fruits à la femme ou à ses héritiers, qu'à partir de la cessation de l'usufruit du mari; mais il ne pourrait invoquer d'autre compensation, si ce n'est celle des intérêts que depuis cette époque il aurait payés à la femme elle-même ou à ses héritiers [45].

Le mari qui s'est soumis à la garantie d'éviction, ou qui a promis de faire ratifier la vente après la dissolution du mariage, est tenu envers l'acheteur, évincé sur sa demande ou sur celle de la femme, à des dommages-intérêts, dont le montant se détermine, en général, d'après les règles développées au § 355 [46]. Le mari est

Sir., 35, 2, 196. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190. Limoges, 21 août 1839, Sir., 40, 2, 102. Civ. rej., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668. Rouen, 5 décembre 1840, Sir., 41, 2, 71. Caen, 29 mars 1841, Sir., 41, 2, 353. Nîmes, 16 décembre 1841, Sir., 42, 2, 320. Limoges, 10 février 1844, Sir., 45, 2, 28. Req. rej., 3 avril 1845, Sir., 45, 1, 423. Civ. cass., 4 juillet 1849, Sir., 50, 1, 283. Voy. cep. Toullier, XIV, 234; Rodière et Pont, III, 1877; Agen, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 535.

[45] Cpr. sur ces diverses propositions: Tessier, II, 776 et suiv.; Sériziat, n° 186; Odier, III, 1350; Rodière et Pont, III, 1877; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 101; Troplong, IV, 3559; Riom, 26 juin 1839, Sir., 40, 2, 145; Civ. cass., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668; Civ. rej., 25 avril 1842, Sir., 42, 1, 541; Req. rej., 27 avril 1842, Sir., 42, 1, 649; Req. rej., 3 avril 1845, Sir., 45, 1, 423; Caen, 30 avril 1849, Sir., 52, 2, 177; Civ. rej., 4 juillet 1849, Sir., 50, 1, 283; Rouen, 13 mars 1854, Sir., 55, 2, 261.

[46] Il en est ainsi, alors même que la dotalité de l'immeuble aurait été déclarée. Duranton, XV, 524. Odier, III, 1353. Voy. en sens contraire: Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404.

même passible de dommages-intérêts, indépendamment de toute promesse de garantie, par cela seul qu'en aliénant lui-même un immeuble dotal, ou en concourant à son aliénation, il en a laissé ignorer la dotalité[47], ou qu'il a faussement déclaré que l'aliénation en était permise par le contrat de mariage[48]. Art. 1560, al. 2, et arg. de cet article. Du reste, le mari est tenu de restituer le prix par lui reçu, lors même qu'il ne serait passible d'aucuns dommages-intérêts.

La femme, venderesse ou covenderesse de l'immeuble dotal, n'est pas, comme le mari, passible de dommages-intérêts envers l'acheteur, par cela seul qu'elle lui en a laissé ignorer la dotalité[49]. Elle n'est pas même tenue, lorsqu'elle poursuit la nullité de l'aliénation, de rembourser à l'acquéreur le prix par lui payé, à moins qu'il ne prouve que ce prix a tourné au profit personnel de la femme, auquel cas il peut en réclamer la restitution sur ses biens paraphernaux[50].

47 Si l'acquéreur avait connu cette circonstance, il se trouverait privé de tout recours contre le mari, lors même que celui-ci n'aurait pas, dans l'acte d'aliénation, déclaré que l'immeuble était dotal. Arg. art. 1599. Delvincourt, III, p. 113. Bellot des Minières, IV, p. 190 et 450. Duranton, XV, 523 et 524. Troplong, IV, 3535. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1560; Benoît, *De la dot*, I, 267; Rodière et Pont, III, 1879; Marcadé, sur l'art. 1560, n° 3; Zachariæ, § 537, note 17. Ces auteurs invoquent à l'appui de leur manière de voir le texte du deuxième alinéa de l'art. 1560, et les observations du Tribunat qui en ont amené la rédaction définitive. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 259, n° 16. Mais tout ce que l'on peut en réalité induire du changement de rédaction adopté sur la demande du Tribunat, c'est que le juge ne doit pas facilement admettre le mari à prouver, autrement que par l'acte d'aliénation, que l'acquéreur a acheté en connaissance de cause. Dans le système contraire à celui que nous professons, l'aveu même de l'acquéreur qu'il connaissait la dotalité, et que c'est par suite d'un accord entre lui et le mari qu'elle n'a point été déclarée au contrat, ne soustrairait pas ce dernier à l'obligation de garantie. Or, c'est là un résultat que nous ne croyons pas acceptable.

48 Benoît, I, 268. Zachariæ, § 537, note 17, *in medio*. Grenoble, 13 février 1824, Sir., 26, 2, 40.

49 Arg. *a contrario* du second alinéa de l'art. 1560 combiné avec l'al. 1er du même article. Rodière et Pont, III, 1880. Sériziat, n° 188. Civ. rej., 23 juin 1846, Sir., 46, 1, 865. Pau, 22 novembre 1856, Sir., 57, 2, 286. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p. 336.

50 Tessier, II, p. 48. Rodière et Pont, *loc. cit.*

Mais, lorsque la femme a spécialement garanti, avec l'autorisation du mari, la vente de l'immeuble dotal, cette promesse est valable, et l'exécution peut en être poursuivie sur les biens paraphernaux [51].

3° *De l'imprescriptibilité des immeubles dotaux pendant le mariage.*

Pour mieux assurer la conservation de la dot, la loi déclare en général imprescriptibles, durant le mariage, les immeubles dotaux, dont l'aliénation n'a pas été permise par le contrat de mariage. Art. 1561. En d'autres termes, le cours de toute prescription, soit acquisitive, soit extinctive, de nature à porter atteinte aux droits de la femme sur les immeubles dotaux, non déclarés aliénables par le contrat de mariage, est, en général et sauf les modifications qui seront ci-après indiquées, suspendu pendant le mariage.

Cette proposition s'applique : *a.* à l'usucapion invoquée comme moyen d'acquisition de la propriété d'un immeuble dotal détenu sans titre, ou en vertu d'un titre émané, soit d'un tiers, soit du premier acquéreur de cet immeuble [52] ; *b.* à l'usucapion invoquée

51 Si le législateur n'a pas cru devoir, à raison de l'état de dépendance où se trouve la femme, la soumettre, comme le mari, à des dommages-intérêts envers l'acheteur pour la simple réticence de la dotalité de l'immeuble vendu, ce n'est pas un motif pour en conclure qu'il ait entendu lui interdire la faculté de se porter garante de la vente par un engagement spécial et formel. Dans l'opinion contraire, on dépasse le but de la prohibition relative à l'aliénation des immeubles dotaux : cette prohibition, en effet, n'a d'autre fin que la conservation de la dot ; et les conséquences de la nullité destinée à la sanctionner, doivent se renfermer dans cet objet. Tessier, II, p. 76 et suiv. Duranton, XV, 530. Taulier, V, p. 335. Odier, III, 1346. Rodière et Pont, III, 1880. Civ. rej., 5 mars 1818, Sir., 18, 1, 387. Grenoble, 16 janvier 1828, Sir., 28, 2, 315. Civ. rej., 4 juin 1851, Sir., 51, 1, 465. Req. rej., 20 juin 1853, Sir., 54, 1, 5. Montpellier, 2 mai 1854, Sir., 54, 2, 687. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 206 ; Troplong, IV, 3544 ; Marcadé, sur l'art. 1560, n° 4 ; Gide, *Revue critique*, 1866, XXIX, p. 89, n° 4 ; Rouen, 5 décembre 1840, Sir., 41, 2, 71 ; Toulouse, 19 août 1843, Sir., 44, 2, 344 ; Limoges, 10 février 1844, Sir., 45, 2, 28 ; Riom, 12 août 1844, Sir., 44, 2, 592 ; Agen, 17 juillet 1848, Sir., 48, 2, 602.

52 Duranton, XV, 539. Zachariæ, § 537, texte et note 20.

comme moyen d'acquisition de droits réels sur un immeuble dotal[53]; *c.* à la prescription par le non-usage d'un usufruit immobilier constitué en dot, ou de servitudes actives établies en faveur d'un immeuble dotal[54]; *d.* enfin, à la prescription de l'action en nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal[55].

La règle de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux ne s'applique pas aux prescriptions qui auraient commencé dès avant le mariage. Et, sous ce rapport, la prescription est à considérer comme ayant commencé avant le mariage, par cela seul que le fait de la possession ou du non-usage est antérieur à cette époque, bien qu'elle ait été dès son origine suspendue par la minorité de la femme, et que cette cause de suspension n'ait cessé que durant le mariage[56].

53 Duranton, XXI, 305. Sériziat, n° 200. Rodière et Pont, III, 1885. Zachariæ, § 537, texte et note 19. — Il résulte de là que le propriétaire d'un fonds enclavé ne pourrait acquérir par usucapion le droit de passer sur un immeuble dotal, si, d'après la situation des lieux et les dispositions de la loi, le passage avait dû être établi sur un autre héritage. Civ. rej., 20 janvier 1847, Sir., 47, 1, 129. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3277 et suiv.; Demolombe, XII, 625. A l'appui de leur opinion, ces auteurs cherchent à établir que la femme, comme propriétaire, et le mari, comme administrateur des immeubles dotaux, pourraient par convention consentir à l'exercice du passage sur le fonds dotal; et ils en concluent qu'une pareille convention étant licite, la prescription est elle-même possible. Mais le point de départ de cette argumentation ne nous paraît pas exact. La femme ou le mari qui consent à l'exercice du passage sur le fonds dotal, alors que le passage aurait pu et dû être pris sur un autre héritage (ce qu'il faut supposer pour qu'il y ait question), concède une servitude à laquelle l'immeuble dotal n'était réellement pas soumis, et contrevient ainsi à la disposition de l'art. 1554.

54 Duranton, et Rodière et Pont, *locc. citt.*

55 Cpr. texte n° 2, et note 41 *supra*.

56 Grenoble, 6 décembre 1842, Sir., 43, 2, 290. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 537; Odier, III, 1256. D'après ces auteurs, la prescription devrait être considérée comme n'ayant commencé que du jour où elle a couru d'une manière utile, ce qui ne peut avoir lieu, quand elle a été suspendue, dès son principe, par une cause quelconque. En raisonnant ainsi, MM. Duranton et Odier méconnaissent le véritable caractère ainsi que les effets légaux de la suspension, et ajoutent à la disposition du premier alinéa de l'art. 1561, une condition qu'elle n'exige pas. Il faut bien se garder de confondre le cas où la prescription est simplement suspendue, et celui où elle esti mpossible, soit par suite d'une imprescriptibilité temporaire, soit à raison de la circonstance que l'action pour l'interrompre n'est point encore ouverte. Si, dans ces derniers cas, il est vrai de

D'un autre côté, cette règle ne reçoit plus application à partir de l'époque où, par l'effet de la séparation de biens, la femme a recouvré l'exercice des actions dotales[57]. Art. 1561, al. 1. Si cependant l'action de la femme devait réfléchir contre le mari, la prescription resterait suspendue malgré la séparation de biens, et ne commencerait à courir qu'après la dissolution du mariage. Art. 2256, n° 2.

Enfin, la règle de l'imprescriptibilité est, d'après les termes mêmes dans lesquels elle a été posée, étrangère aux immeubles dotaux dont le contrat de mariage a permis l'aliénation sans restriction ni condition. Mais si l'aliénation n'en avait été autorisée qu'à charge de remploi, la règle de l'imprescriptibilité reprendrait son empire[58].

4° *De la faculté d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux, réservée au contrat de mariage.*

Les époux peuvent se réserver, par le contrat de mariage, la faculté d'aliéner les immeubles dotaux, ainsi que celle de les hypothéquer[59]. Art. 1557.

dire que la prescription n'a pas commencé, il n'en est plus de même dans le premier. Le suspension suppose une prescription qui a commencé de fait, et n'a d'autre effet que de rendre inutile le temps pendant lequel elle a existé. C'est ainsi qu'une jurisprudence constante a décidé la question analogue que fait naître l'application de l'art. 2281, dans lequel le législateur s'est également servi des expressions *prescriptions commencées*. Voy. les arrêts cités à la note 8 du § 215 *bis*.

57 Nous rappellerons cependant que la prescription décennale de l'art. 1304, que l'on voudrait invoquer contre l'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal, ne commence à courir qu'après la dissolution du mariage. Cpr. texte n° 2, et note 40 *supra*.

58 Taulier, V, p. 345. Rodière et Pont, II, 600. Cpr. Montpellier, 27 décembre 1855, Sir., 57, 1, 779.

59 On avait voulu déduire du rapprochement des art. 1554 et 1557, que les époux ne pouvaient valablement stipuler la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux. Cpr. Civ. cass., 16 avril 1837, Sir., 37, 1, 800. Mais l'opinion contraire, fondée sur la liberté des conventions matrimoniales, a définitivement prévalu. Taulier, V, p. 300 et 301. Troplong, IV, 3364. Marcadé, sur l'art. 1556, n° 4, et sur l'art. 1557, n° 1. Zachariæ, § 537, note 29, *in fine*. Req. rej., 17 juillet 1840, Sir., 40, 1, 796. Req. rej., 13 décembre 1853, Sir., 54, 1, 17. Civ. rej., 18 novembre 1862, Sir., 63, 1, 5.

Toute réserve de cette nature doit, comme dérogeant au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, être interprétée restrictivement.

Il en résulte que la simple déclaration qu'un immeuble dotal pourra être aliéné, n'emporte pas, en général, la faculté de l'hypothéquer[60], ou de l'engager, par exemple, par voie de vente à réméré[61], ni, à plus forte raison, celle de compromettre sur les contestations qui y sont relatives[62].

Il en résulte réciproquement, que la faculté de compromettre au sujet d'un immeuble dotal ou de le grever d'hypothèques, n'entraîne pas celle de le vendre[63].

Il en résulte enfin, que le pouvoir de vendre un immeuble dotal n'emporte pas celui de l'échanger[64].

La faculté que les époux se seraient réservée d'aliéner librement, d'hypothéquer, ou d'engager les biens dotaux, n'emporte, pour la

[60] Duranton, XV, 479. Taulier, V, p. 296. Rodière et Pont, III, 1780 et 1781. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 1. Zachariæ, § 537, texte et note 29. Req. rej., 25 janvier 1830, Sir., 30, 1, 68. Civ., cass., 22 juin 1836, Sir., 36, 1, 433. Civ. cass., 16 août 1837, Sir., 37, 1, 800. Lyon, 10 juillet 1837, Sir., 37, 2, 466. Caen, 21 décembre 1837, Sir., 38, 2, 174. Poitiers, 17 juillet 1838, Sir., 39, 2, 233. Chamb. réun. cass., 29 mai 1839, Sir., 39, 1, 449. Amiens, 1er août 1840, Sir., 42, 2, 431. Cpr. Req. rej., 13 décembre 1853, Sir., 54, 1, 17. Voy. en sens contraire : Tessier, I, note 597 ; Grenier, *Des hypothèques*, I, 33 ; Sériziat, n° 140 ; Odier, III, 1268 et 1269 ; Troplong, IV, 3363 et suiv.

[61] Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 190.

[62] Duranton, XV, 481. Taulier, V, p. 294. Odier, III, 1267. Rodière et Pont, III, 1783. Zachariæ, § 537, texte et note 28. Nîmes, 26 février 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 45. Lyon, 20 août 1828, Sir., 29, 2, 68. Voy. en sens contraire : Tessier, I, note 596 ; Troplong, IV, 3398 ; Marcadé, sur l'art. 1557, n° 2 ; Grenoble, 12 février 1846, Sir., 46, 2, 519.

[63] Benoît, *De la dot*, I, 216. Toullier, XIV, 187.

[64] Taulier, V, p. 302. Odier, III, 1267. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 2. Zachariæ, § 537, texte et note 30. Toulouse, 7 février 1832, Sir., 33, 2, 464. Lyon, 9 juillet 1861, Sir., 62, 2, 15. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, *loc. cit.* — Mais la réserve de la faculté d'aliéner emporte celle d'échanger. Odier et Marcadé, *locc. citt.* Troplong, IV, 3400. Zachariæ, § 537, note 30. Req. rej., 25 avril 1831, Sir., 32, 1, 623. Agen, 4 décembre 1854, Sir., 55, 2, 62.

femme, ni la faculté de céder ses reprises, ni même celle de subroger à son hypothèque légale [65].

D'un autre côté, la clause qui permet l'aliénation des immeubles dotaux même sans condition de remploi, n'est d'aucune influence sur la position des créanciers de la femme. Elle ne les autorise pas à saisir ces immeubles, s'ils n'en ont pas le droit abstraction faite de cette stipulation [66]. Il en est de même de la clause qui permet à la femme d'hypothéquer ses immeubles dotaux, en ce sens que les créanciers envers lesquels elle se serait simplement obligée sans leur conférer d'hypothèques, ne pourraient exercer de poursuites sur ces immeubles [67].

La clause qui autorise l'aliénation ou l'hypothèque d'un immeuble dotal, ne confère, ni au mari, ni à la femme, le pouvoir de l'aliéner ou de l'hypothéquer sans le consentement de son conjoint [68],

[65] La réserve de la faculté d'aliéner les biens dotaux n'est pas incompatible avec le but du régime dotal, qui doit protéger la femme contre les conséquences des engagements qu'elle contracterait dans l'intérêt ou sous l'influence de son mari. En effet, l'aliénation des objets composant la dot donne ouverture, en faveur de la femme, à une action en reprise garantie par son hypothèque légale; et, si elle ne peut, ni céder cette action, ni renoncer à son hypothèque, sa dot lui demeurera assurée, quoique sous une autre forme, et peut-être d'une manière non moins complète ou non moins efficace. Au contraire, la faculté laissée à la femme de céder ses reprises, ou de renoncer à son hypothèque légale, irait directement contre le but du régime dotal, dont elle serait, en quelque sorte, la négation. Cette faculté ne saurait donc être considérée comme comprise dans celle d'aliéner les biens dotaux, ou comme en découlant par voie de conséquence, et il faudrait, pour en admettre la réserve, une clause spéciale et formelle. Riom, 22 décembre 1846, Sir., 47, 2, 195. Civ. rej., 16 décembre 1856, Sir., 57, 1, 582. Civ. cass., 4 juin 1866, Sir., 68, 1, 281. Civ. cass., 2 juillet 1866, Sir., 66, 1, 315. Civ. rej., 17 décembre 1866, Sir., 67, 1, 114 Req. rej., 7 avril 1868, Sir., 68, 1, 270. Voy. en sens contraire: Troplong, IV, 3397; Pont, *Des privilèges et des hypothèques*, n° 453; Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque légale*, n° 39; Gérardin, *Revue pratique*, 1867, XXX, p. 97; Req. rej., 1er juin 1853, Sir., 53, 1, 730; Bordeaux, 16 août 1853, Sir., 54, 2, 263.

[66] Duranton, XV, 489. Zachariæ, § 537, note 29 *in medio*. Bordeaux, 22 décembre 1857, Sir., 58, 2, 529.

[67] Rodière et Pont, III, 1783. Req. rej., 3 avril 1849, Sir., 49, 1, 385.

[68] Toullier, XIV, 187. Duranton, XV, 475. Odier, III, 1264. Rodière et Pont, III, 1785. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 5. Zachariæ, § 537, texte et note 27. — La vente passée par le mari seul serait donc entachée de nullité. Civ. cass., 12 août 1839, Sir., 39, 1, 840. — Mais cette nullité peut être couverte,

à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé au contrat de mariage [69].

Lorsque le contrat de mariage a permis l'aliénation d'un immeuble dotal, sans imposer aux époux l'obligation de faire emploi du prix, le défaut d'emploi ne vicie pas l'aliénation. L'acquéreur ne peut donc, dans ce cas, ni refuser le paiement de son prix jusqu'à ce que l'emploi en ait eu lieu, ni exiger une caution pour la sûreté de cet emploi [70].

Si, au contraire, le contrat de mariage n'a autorisé l'aliénation de l'immeuble dotal que sous condition de remploi, la vente n'en est valable, qu'autant que cette condition a été accomplie, conformément à l'intention des parties, telle qu'elle résulte de leurs conventions matrimoniales [71].

La faculté d'aliéner ne peut être considérée comme ayant été subordonnée à une condition de remploi, que dans le cas où cette restriction ressort nettement des termes du contrat de mariage [72]. La clause par laquelle le mari est autorisé à aliéner les biens dotaux, à charge *de les reconnaître et assurer*, ou à charge d'hypo-

même durant le mariage, par la confirmation de la femme duement autorisée. Bordeaux, 21 août 1848, Sir., 48, 2, 721. Req. rej., 1er mars 1870, Sir., 70, 1, 199. Cpr. Civ. rej., 10 décembre 1867, Sir., 68, 1, 121.

69 La clause par laquelle la femme, après s'être réservé la faculté d'aliéner ses biens dotaux, a déclaré constituer son mari pour son mandataire général et spécial, ne suffit pas pour autoriser ce dernier à vendre seul, et sans le concours de la femme, les immeubles dotaux. Troplong, IV, 3417. Civ. cass., 12 avril 1839, Sir., 39, 1, 840. — Voy. sur les pouvoirs que la femme mineure peut, par contrat de mariage, conférer à son mari, quant à l'aliénation des immeubles dotaux : § 502, texte n° 3, notes 25 et 26.

70 Duranton, XV, 484. Bellot des Minières, IV, p. 118. Tessier, I, p. 403. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 73. Zachariæ, § 537, texte et note 31. Rouen, 21 mars 1829, Sir., 30, 2, 238. Cpr. Limoges, 6 décembre 1844, Sir., 45, 2, 60.

71 Art. 1560. Zachariæ, § 537, texte et note 32. — La condition d'un remploi en immeubles, pourrait-elle être utilement attachée à la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux ? Voy. par l'affirmative : Caen, 12 janvier 1865, Sir., 65, 2, 14. Cpr. Req. rej., 26 juin 1861, Sir., 61, 1, 772 ; Req. rej., 18 novembre 1862, Sir., 63, 1, 5. Voy. pour la négative : Limoges, 6 décembre 1844, Sir., 45, 2, 260.

72 Cpr. Troplong, IV, 3412 ; Grenoble, 17 novembre 1835, Sir., 36, 2, 240; Limoges, 7 mai 1862, Sir., 63, 2, 10.

thèque sur ses biens, n'équivaut pas à une clause de remploi opposable aux tiers [73].

La clause de remploi est obligatoire pour le mari ; et le défaut d'accomplissement de cette obligation peut, selon les circonstances, le rendre passible de dommages-intérêts [74]. La femme a, dès avant séparation de biens, le droit de demander que, faute par celui-ci d'exécuter le remploi dans le délai qui lui sera imparti par le juge, elle soit autorisée à toucher le prix et à l'effectuer elle-même [75].

L remploi doit être fait de la manière indiquée au contrat de mariage [76]. A défaut d'indication à cet égard, il ne pouvait, jusqu'à la promulgation de la loi des finances du 2 juillet 1862, avoir lieu qu'en immeubles, ou en valeurs susceptibles d'être immobilisées, par exemple en actions immobilisées de la banque de France [77] ; mais, aux termes de l'art. 46 de cette loi, il peut, à

[73] Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 77. Troplong, IV, 3413. Req. rej., 1er août 1844, Sir., 45, 1, 71. Nîmes, 26 mai 1851, Sir., 52, 2, 117. Req. rej., 7 novembre 1854, Sir., 54, 1, 705. Req. rej., 25 février 1856, Sir., 57, 1, 26. Civ. rej., 6 février 1859, Sir., 60, 1, 872. Voy. cep. Montpellier, 13 mai 1831, Sir., 31, 2, 212. — Cpr. sur la clause qui autorise le mari à aliéner les immeubles dotaux, sous la seule condition que le prix qui restera dotal, soit employé ou hypothéqué sur d'autres immeubles libres : Req. rej., 12 juin 1865, Sir., 65, 1, 357.

[74] Art. 1142, Troplong, II, 1112, et IV, 3541. Req. rej., 27 mai 1861, Sir., 62, 1, 199.

[75] Caen, 2 août 1851, Sir., 52, 2, 182. Req. rej., 20 décembre 1852, Sir., 53, 1, 151. Cpr. Benech, *op. cit.*, n° 85.

[76] Rodière et Pont, III, 1840. Troplong, IV, 2417. Paris, 23 mars 1844, Sir., 44, 2, 131. Rouen, 2 juin 1849, Sir., 50, 2, 320. Rouen, 7 mai 1853, Sir., 54, 2, 177. Civ. rej., 22 février 1859, Sir., 59, 1, 521.

[77] Tessier, I, p. 409. Duranton, XV, 486. Rodière et Pont, III, 1849. Benech, *op. cit.*, n° 89. Troplong, IV, 3421 et 3422. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 3. Paris, 26 février 1833, Sir., 33, 2, 230. Caen, 8 mai 1838, Sir., 48, 2, 657, à la note. Caen, 27 mai 1851, Sir., 52, 2, 64. Rouen, 7 mai 1853, Sir., 54, 2, 177. Riom, 10 janvier 1856, Sir., 57, 2, 31. Rouen, 21 juin 1856, Sir., 57, 2, 171. Aix, 17 novembre 1860, Sir., 60, 2, 300. Cpr. Req. rej., 22 février 1859, Sir., 59, 1, 521. — La question de savoir si, à défaut d'indication au contrat de mariage, le remploi pouvait avoir lieu en rentes sur l'Etat, était controversée. Voy. dans le sens de la solution négative que nous avions adoptée : Rodière et Pont, III, 1691 ; Flandin, *De la transcription*, I, 39 et 40 ; Caen, 8 mai 1838, Sir., 48, 2, 657, à la note ; Rouen, 7 mai 1853, Sir., 54, 2, 177 ; Angers,

moins de clause contraire dans le contrat de mariage[78], être fait aujourd'hui en rentes 3 pour cent de la dette française.

La condition de remploi n'est pas remplie par une constitution d'hypothèque au profit de la femme[79]. Elle ne l'est pas davantage par l'emploi du prix à l'acquittement de dettes grevant les immeubles dotaux[80], ni au moyen d'une convention dans laquelle les époux déclareraient attribuer, par voie de subrogation, le caractère dotal à des immeubles paraphernaux[81]. Enfin, on ne peut, en principe, considérer comme un remploi suffisant, la constitution d'une rente viagère sur la tête des deux époux, ou même sur celle de la femme seule[82].

Le remploi n'a pas besoin d'être fait immédiatement. Bien plus, dans le cas même où le contrat de mariage aurait fixé un délai pour l'effectuer, ce délai ne serait pas, en général, de rigueur; et

6 juillet 1861, Sir., 62, 2, 224. Voy. pour l'affirmative : Troplong, IV, 3422 ; Marcadé, *loc. cit.*; Caen, 13 novembre 1847, Sir., 48, 2. 657; Riom, 10 janvier 1856, Sir., 57, 2, 31.

78 Cpr. Paris, 27 mars 1863, Sir., 63, 2, 179 ; Aix, 23 mai 1866, Sir., 66, 2, 324 ; Bourges, 16 mars 1870, Sir., 70, 2, 218.

79 Benech, *op. cit.*, n° 77. Rodière et Pont, III, 1840. Troplong, IV, 3416. Paris, 26 février 1833, Sir., 33, 2, 230. Toulouse, 7 août 1833, Sir., 34, 2, 587. Caen, 30 août 1848, Sir., 49, 2, 223. Caen, 30 avril 1849, Sir., 52, 2, 177. Caen, 2 août 1851, Sir., 52, 2, 182. Cpr. Bordeaux, 30 avril 1844, Sir., 44, 2, 536.

80 L'emploi du prix de vente à l'acquittement de dettes grevant les immeubles dotaux, quelque légitime qu'il puisse être en soi, ne constitue pas un remploi. Le remploi suppose, en effet, une acquisition nouvelle venant prendre la place de l'immeuble aliéné. Si l'art. 1558 autorise l'aliénation de l'immeuble dotal pour payer les dettes de la femme, d'une date certaine et antérieure au contrat de mariage, il ne l'autorise cependant qu'avec permission de justice, aux enchères, et après affiches. Or, il ne saurait dépendre des époux de s'affranchir de l'accomplissement de ces diverses conditions, en abusant de la faculté d'aliéner que le contrat de mariage ne leur a accordée qu'à charge de remploi. Troplong, IV, 3425. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 4. Montpellier, 3 janvier 1852, Sir., 54, 2, 117. Pau, 5 mars 1859, Sir., 59, 2, 404. Voy. cep. Caen, 7 août 1849, Sir., 52, 2, 180 ; Caen, 2 février 1851, Sir., 52, 2, 440.

81 Caen, 6 mars 1848, Sir., 48, 2, 385.

82 Riom, 12 août 1844, Sir., 44, 2, 592. Civ. rej., 23 juin 1846, Sir., 46, 1, 865. Voy. cep. Troplong, IV, 3399 ; Caen, 17 juillet 1845, Sir., 48, 2, 134.

le remploi pourrait être utilement fait après son expiration, à moins que le contraire n'eût été formellement stipulé[83]

Rien ne s'oppose même à ce que le remploi du prix d'un immeuble dotal, aliéné avant séparation de biens, soit effectué, par la femme elle-même, après la séparation. Il en résulte, d'une part, que cette dernière est en droit, en offrant de faire emploi, de contraindre l'acquéreur à verser, entre ses mains, le prix qu'il n'aurait point encore soldé[84]. Il en résulte, d'autre part, que celui-ci peut, en offrant, soit de payer son prix, s'il ne l'a pas acquitté, soit de le payer une seconde fois, arrêter l'action en nullité de la vente dirigée contre lui par la femme[85].

Mais, après la dissolution du mariage, le remploi devient impossible; et l'acquéreur ne pourrait plus, au moyen des offres dont il vient d'être question, résister à l'action en nullité de la vente, for-

83 Benech, *op. cit.*, n° 89. Troplong, IV, 3418. Nîmes, 9 août 1842, Sir., 42, 2, 73. Rouen, 21 juin 1845, Sir., 46, 2, 334.

84 Cette proposition paraît généralement admise. Benech, *op. cit.*, n° 88. Troplong, IV, 3419. Limoges, 21 août 1840, Sir., 41, 2, 56. Cpr. Agen, 28 mars 1832, Sir., 32, 2, 288 ; Req. rej., 12 décembre 1833, Sir., 34, 2, 201.

85 Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 8, n° 2. Sériziat, n° 119. Rodière et Pont, III, 1844. Devilleneuve, Sir., 54, 1, 5, à la note. Bordeaux, 21 août 1848, Sir., 48, 2, 721. Caen, 30 avril 1849, Sir., 52, 2, 177. Req. rej., 20 juin 1853, Sir., 54, 1, 5. Cpr. Paris, 26 février 1868, Sir., 68, 2, 73. Voy. en sens contraire : Benech, *op. cit.*, n° 88 ; Troplong, IV, 3419 ; Toulouse, 22 décembre 1834, Sir., 35, 2, 196 ; Rouen, 19 mars 1840, Sir., 40, 2, 389 ; Limoges. 21 août 1840, Sir., 41, 2, 56; Lyon, 25 novembre 1842, Sir., 43, 2, 418 ; Lyon, 24 mars 1847, Sir., 48, 2, 141 ; Toulouse, 14 juillet 1852, Sir., 52, 2, 636. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, que c'est au mari, comme administrateur des biens dotaux, qu'incombe l'obligation de remploi ; que, faute par lui de l'avoir accomplie au moment où son administration vient à cesser par la séparation de biens, la femme se trouve investie de l'action en révocation ; et que l'acquéreur ne peut plus arrêter cette action par l'offre dont il est question au texte. Mais cette argumentation ne nous semble pas concluante. Elle ne s'appuie, en effet, sur aucun texte de loi, et ne peut trouver sa justification dans les effets de la séparation, qui ne fait que déplacer l'administration des biens dotaux, sans rien changer à leur condition, et sans altérer le caractère de dotalité et d'inaliénabilité dont ils sont frappés. Si, comme MM. Benech et Troplong en conviennent eux-mêmes, la femme peut valablement effectuer le remploi malgré la séparation de biens, on ne voit pas sur quel motif elle se fonderait pour rejeter la proposition de l'acquéreur qui lui offrirait les moyens de le faire.

mée par la femme ou par ses héritiers [86], à moins que, par interprétation des clauses du contrat de mariage, le juge ne vînt à reconnaître que la condition de remploi avait pour but unique d'empêcher la dilapidation du prix de vente [87].

Sous le régime dotal, comme sous celui de la communauté, l'efficacité du remploi est subordonnée aux conditions indiquées par les art. 1434 et 1435. L'acceptation de la femme en particulier est indispensable, à moins que le contrat de mariage n'ait donné au mari, le pouvoir d'effectuer le remploi sans son concours [88].

86 Le remploi suppose que l'immeuble acquis deviendra dotal, comme l'était l'immeuble aliéné. Or, c'est ce qui ne peut plus avoir lieu pour les acquisitions faites après la dissolution du mariage. Dans le système contraire, les intérêts de la femme ou de ses héritiers ne seraient pas complétement garantis, puisque ceux mêmes des créanciers de la femme qui n'auraient point d'action sur les biens dotaux, pourraient exercer leurs poursuites sur l'immeuble prétendûment acquis en remploi après la dissolution du mariage. Voy. en ce sens : Benech et Troplong, *locc. citt*; Zachariæ, § 537, texte et note 33; Riom, 26 juin 1839, Sir., 40, 2, 145 ; Grenoble, 7 août 1840, Sir., 42, 2, 5 ; Rouen, 5 décembre 1840, Sir., 41, 2, 71 ; Req. rej., 27 avril 1842, Sir., 42, 1, 649 ; Req. rej., 17 décembre 1855, Sir., 56, 1, 201. Req. rej., 2 mai 1859, Sir., 59, 1, 293. Voy. en sens contraire : Sériziat, nº 119 ; Rodière et Pont, *loc. cit.*; Devilleneuve, Sir., 24, 1, 5, à la note; Grenoble, 25 avril 1861, Sir., 61, 2, 565. Cpr. aussi : Req. rej., 20 juin 1853, Sir., 54, 1, 5. Cet arrêt a été rendu dans une espèce où le remploi devait être effectué, non par le mari, mais par la femme, et où celle-ci avait formellement garanti la vente sur ses paraphernaux. Les faits particuliers de la cause peuvent, jusqu'à certain point, expliquer cette décision, qui ne saurait être considérée comme un arrêt de principe, contraire à la solution donnée au texte.

87 Une pareille interprétation ne devrait pas être facilement admise ; et M. Devilleneuve (*loc. cit.*) nous paraît être parti d'une idée inexacte, en supposant que le remploi, de sa nature et en général, n'a d'autre objet que d'empêcher la dilapidation du prix de vente. Cpr. la note précédente.

88 Cpr. § 534, texte, notes 31 et 32. Duranton, XV, 489. Benoît, *De la dot*, 1, 110. Benech, *op. cit.*, nºˢ 92 et suiv. Troplong, IV, 3429 ; II, 1137 et suiv. Toulouse, 13 août 1841, Sir,, 42, 2, 23. Pau, 29 février 1860, Sir., 60, 2, 415. Civ. rej., 12 juin 1865, Sir., 65, 1, 298.—La clause par laquelle le mari a été autorisé à vendre seul un immeuble dotal à charge de remploi, emporte-t-elle pour lui la faculté de faire le remploi sans le concours de la femme ? Cpr. sur cette question, qui est une simple question de fait ou d'interprétation : Agen, 20 juin 1858, Sir., 59, 2, 1 ; Req. rej., 2 mai 1859, Sir., 59, 1, 293 ; Grenoble, 25 avril 1861, Sir., 61, 2, 565. MM. Rodière et Pont (III, 1842) et Benoit (*loc. cit.*) résolvent la question en principe, les premiers par l'affirmative, et le second par la négative.

Le remploi, au surplus, peut avoir lieu par anticipation [89].

Les frais du remploi doivent être supportés par la femme, qui les prendra sur ses paraphernaux, et, à défaut de paraphernaux, sur la somme à remployer [90].

Le mari n'est point, à défaut de remploi, admis à demander lui-même l'annulation de la vente [91]. La femme, au contraire, ou ses héritiers, peuvent la provoquer après la dissolution du mariage ou la séparation de biens [92], non-seulement en l'absence de remploi [93], mais encore dans le cas où le remploi effectué l'a été, soit d'une façon irrégulière ou incomplète, soit d'une manière défectueuse à raison des dangers d'éviction qu'il présentait [94].

89 Cpr. § 507, texte n° 3, et note 64. Benech, *op. cit.*, n° 89. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 353. Cpr. Civ. cass., 24 novembre 1852, Sir., 52, 1, 798; Paris, 20 novembre 1858, Sir., 59, 2, 9.

90 Bellot des Minières, IV, p. 120. Benech, *op. cit.*, n° 91. Troplong, IV, 3428. Marcadé, sur l'art. 1557, n° 3. Caen, 19 juin 1852, Sir., 56, 2, 129. Civ. cass., 16 novembre 1859, Sir., 60, 1, 241. Civ. rej. 5 novembre 1855, Sir., 56, 1, 204. — C'est à tort que la Cour de Caen, par deux arrêts en date du 18 novembre 1837 (Sir., 37, 2, 186) et du 7 juillet 1845 (*Journ. du Pal.*, 1845, II, 609), avait jugé d'abord que les frais du remploi devaient rester à la charge de l'acquéreur de l'immeuble dotal, et ensuite qu'ils devaient être supportés par le mari.

91 Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 6, n° 2. Tessier, I, p. 443. Benech, *op. cit.*, n° 106. Zachariæ, § 537, note 32. Req. rej., 29 janvier 1822, Sir., 22, 1, 270. Grenoble, 28 juillet 1865, Sir., 66, 2, 137.

92 Sauf, au cas de séparation de biens, la faculté, réservée à l'acquéreur, d'arrêter l'action en nullité de la femme, au moyen de l'offre dont il a été parlé texte et note 85 *supra*. Cpr. Grenoble, 30 juin 1825, Sir., 27, 1, 246.

93 Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 8. Tessier, I, p. 401. Duranton, XV, 485 et 486. Benech, *op. cit.*, n° 99. Odier, III, 1271. Troplong, IV, 3404 à 3406. Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., 27, 1, 14. Agen, 28 mars 1832, Sir., 32, 2, 288. Req. rej., 12 décembre 1833, Sir., 34, 1, 201. Voy. aussi les arrêts cités à la note 86 *supra*. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 1844 ; Grenoble, 16 août 1832, Sir., 33, 2, 559 ; Grenoble, 17 décembre 1835, Sir., 36, 2, 307.

94 Cpr. Benech, *op. cit.*, n° 114 ; Rodière et Pont, III, 1845 ; Troplong, IV, 3424 ; Civ. rej., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668 ; Caen, 3 décembre 1846, Sir., 48, 2, 133; Bordeaux, 1er décembre 1847, Sir., 48, 2, 384; Limoges, 14 janvier 1862, Sir., 62, 2, 344. — On doit cependant admettre que l'acquéreur ne serait pas responsable d'une éviction procédant de causes que l'on ne pouvait soupçonner, et que l'emploi de toutes les précautions commandées par la prudence n'a pas fait découvrir.

L'acquéreur est donc en droit de refuser le paiement de son prix d'acquisition, jusqu'à ce qu'il soit justifié d'un remploi régulier, complet, et exempt de toute chance d'éviction[95]. S'il ne lui était proposé aucun remploi acceptable, il pourrait consigner son prix, pour faire cesser le cours des intérêts à sa charge. Mais une consignation, même faite en vertu d'un jugement déclarant bonnes et valables ses offres réelles, ne le déchargerait pas de l'obligation de surveiller le remploi qui serait ultérieurement effectué[96]. Du reste, l'acquéreur n'est pas garant de la dépréciation que, postérieurement à leur acquisition, les biens destinés à servir de remploi ont pu subir par des causes quelconques, fût-ce même par la négligence du mari[97]; et, il ne pourrait être recherché sous prétexte d'un remploi insuffisant, qu'autant que les biens dont s'agit auraient été, au moment de leur acquisition, d'une valeur notablement inférieure à la somme à remployer[98].

L'immeuble acquis en remploi d'un immeuble dotal dont l'aliénation avait été permise à charge de remploi, est lui-même aliénable sous cette condition[99].

5° *De la faculté qui appartient à la femme, de disposer des immeubles dotaux pour l'établissement de ses enfants.*

Par exception au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, la femme peut en disposer pour l'établissement de ses enfants. L'exercice de cette faculté est cependant soumis, quant à l'autorisation maritale dont la femme a besoin, à la distinction suivante :

95 Duranton, *loc. cit.* Benech, *op. cit.*, n° 115. Paris, 9 juillet 1828, Sir., 28, 2, 281. Agen, 5 janvier 1841, Sir., 41, 2, 639. Req. rej., 25 avril 1842, Sir., 42, 1, 651. Bordeaux, 1er décembre 1847, Sir., 48, 2, 384. Cpr. Limoges, 7 mai 1862, Sir., 63, 2, 10.

96 Bordeaux, 4 février 1830, Sir., 30, 2, 129. Nîmes, 11 juin 1856, Sir., 57, 2, 172. Req. rej., 12 mai 1857, Sir., 57, 1, 580. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 486 ; Benech, *op. cit.*, n° 60.

97 Benech, *op. cit.*, n° 62. Req. rej., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 209.

98 Cpr. Benech, *op. cit.*, n° 114. Voy. cep. Duranton, XV, 486.

99 Req. rej., 9 mars 1870, Sir., 70, 1, 285. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 1852.

Lorsqu'il s'agit de l'établissement d'un enfant né d'un mariage antérieur, la justice peut, malgré le refus ou l'opposition du mari, autoriser la femme à disposer, dans ce but, de ses immeubles dotaux.

Lorsque, au contraire, il s'agit d'un enfant commun, la justice ne peut, en cas de refus ou d'opposition du mari, autoriser la femme à donner des immeubles dotaux pour l'établissement de cet enfant. Art. 1555 et 1556 [100].

Que si le mari était absent ou incapable [101], la justice pourrait autoriser la femme à disposer de ses immeubles dotaux en faveur d'un enfant commun, tout aussi bien que dans l'intérêt d'un enfant qu'elle aurait d'un mariage antérieur [102].

Lorsque la femme n'est autorisée que par justice, la jouissance des immeubles dotaux, donnés pour l'établissement des enfants, doit être réservée au mari [103]. Art. 1555, et arg. de cet article.

100 C'est ce qui résulte de la différence de rédaction des art. 1555 et 1556, et de la circonstance même que le législateur s'est occupé, dans deux articles distincts, des enfants communs et des enfants issus d'un précédent mariage. La position diverse des uns et des autres justifie, d'ailleurs complétement, la distinction établie par la loi. Il ne convenait pas de laisser à la discrétion d'un second mari, le sort d'enfants pour lesquels on ne pouvait lui supposer le même degré d'affection que pour les siens, et qui, d'un autre côté, ne sont pas soumis à sa puissance. Mais il n'y avait aucun motif pour ne pas s'en remettre, d'une manière absolue, à la tendresse et à l'autorité du père, en ce qui concerne l'établissement de ses propres enfants. Delvincourt, III, p. 107. Duranton, XV, 497. Bellot des Minières, IV, p. 110 et suiv. Benoît, I, 61. Sériziat, n° 154. Rodière et Pont, III, 1789. Odier, III, 1207. Troplong, IV, 3344 à 3347. Marcadé, sur les art. 1555 et 1556, n° 3. Zachariæ, § 537, texte et note 35. Limoges, 2 septembre 1835, Sir., 35, 2, 513. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 191; Rouen, 24 décembre 1841, Sir 42, 2, 77. Voy. aussi : Duranton, XV, 497 ; Taulier, V, p. 285.

101 La loi n'ayant pas prévu le cas d'absence ou d'incapacité du mari, on reste à cet égard soumis à la règle générale, d'après laquelle le consentement de ce dernier peut être remplacé par l'autorisation de la justice. Odier, III, 1280

102 Zachariæ, § 537, note 34, *in medio*.

103 Zachariæ (§ 537, note 4) enseigne à tort qu'il n'en est plus ainsi, lorsque que l'autorisation est donnée, non sur le refus du mari, mais à raison de son absence ou de son incapacité. — Toutefois, en cas d'interdiction du mari, le conseil de famille de l'interdit peut, par application de l'art. 511, renoncer au droit d'usufruit de ce dernier sur les biens dotaux. Duranton, XV, 498.

Le mot *enfants*, dans les art. 1555 et 1556, comprend les petits enfants [104].

Quant au terme *établissement*, il s'entend, dans ces articles, aussi bien que dans l'art. 1422, non-seulement d'un mariage, mais de tout état ou condition de nature à procurer à l'enfant une existence indépendante [105]. Le remplacement au service militaire rentre même, comme condition préalable à un établissement ultérieur, sous l'application des articles 1555 et 1556 [106].

Suivant l'opinion la plus généralement suivie, la faculté concédée par les art. 1555 et 1556 de donner les immeubles dotaux, comprend virtuellement la faculté de les grever d'hypothèques, pour sûreté du paiement de la dot promise, soit par la mère, soit par le père, et même celle de les aliéner ou de les engager, à l'effet de se procurer les sommes nécessaires à l'établissement des enfants [107].

104 Cpr. L. 120, *D. de V. S.* (50, 16). Toullier, XIV, 195. Tessier, I, p. 376. Sériziat, n° 154. Rodière et Pont, III, 1792. Odier, III, 1278. Voy. en sens contraire : Benoît, I, 225.

105 Arg. art. 204. Toullier, XIV, 192. Benoît, I, 222. Tessier, I, p. 376. Sériziat, n° 146. Duranton, XV, 494. Taulier, V, p. 289. Odier, III, 1279. Rodière et Pont, III, 1793. Troplong, IV, 3350. Marcadé, sur les art. 1555 et 1556, n° 3. Zachariæ, § 537, note 36. — Voy. sur des espèces où il a été décidé qu'il y avait établissement dans le sens des art. 1555 et 1556 : Req. rej., 9 avril 1838, Sir., 38, 1, 442 ; Bordeaux, 31 août 1840, Sir., 41, 2, 145 ; Paris, 25 août 1845, Sir., 46, 2, 161 ; Agen, 10 juillet 1850, Sir., 50, 2, 338. Nîmes, 7 juillet 1860, Sir., 60, 2, 341. — Voy. sur des espèces dans lesquelles une décision contraire est intervenue : Riom, 7 avril 1849, Sir., 50, 2, 583 ; Bordeaux, 29 août 1849, Sir., 50, 2, 467 ; Agen, 16 décembre 1857, Sir., 57, 2, 193 ; Civ. rej., 27 juin 1859, Sir., 59, 1, 665. Cpr. aussi : Req. rej., 18 avril 1864, Sir., 64, 1, 174.

106 Sériziat, n° 147. Duranton, XV, 495. Taulier, Rodière et Pont, Marcadé, *locc. citt.* Troplong, IV, 3356. Zachariæ, § 537, note 36, *in medio*. Rouen, 25 février 1828, Sir., 28, 2, 189. Grenoble, 21 janvier 1835, Sir., 35, 2, 310. Nîmes, 10 août 1837, Sir., 38, 2, 112. Caen, 21 juin 1844, Sir., 46, 2, 156. Caen, 19 novembre 1847, Sir., 48, 2, 592. Nîmes, 24 mars 1851, Sir., 51, 2, 326. Voy. en sens contraire : Limoges, 31 mai 1838, Sir., 39, 2, 23. Cpr. aussi : Agen, 5 décembre 1848, Sir., 49, 2, 45.

107 Tessier, I, p. 66. Grenier, *Des hypothèques*, I, 34, Duranton, XV, 492. Sériziat, n° 152. Taulier, V, p. 286. Odier, III, 1284. Rodière et Pont, III, 1794. Troplong, IV, 3352. Marcadé, sur les art. 1555 et 1556, n° 4. Zachariæ, § 537, note 36, *in fine*. Rouen, 23 juin 1835, Sir., 36, 2, 93. Req. rej., 1er avril 1845,

Quoique ces solutions, et la dernière surtout, ne soient pas sans difficulté, en ce qu'elles laissent sans garantie suffisante la part de réserve des cohéritiers du donataire dans les biens dotaux, nous croyons devoir les admettre[108]. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse aller jusqu'à reconnaître à la mère, la faculté d'hypothéquer ses biens dotaux pour assurer la restitution de la dot apportée à son fils par sa bru[109].

Sir., 45, 1, 256. Pau, 16 avril 1855, Sir., 57, 2, 657. Nîmes, 7 juillet 1860. Sir., 60, 2, 341. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 11 août 1836, Sir., 37, 2, 230 ; Poitiers, 17 juillet 1838, Sir., 39, 2, 233 ; Amiens, 1er août 1840, Sir., 42, 2, 431 ; Caen, 23 avril 1847, Sir., 48, 2, 403.

108 Il existe entre la donation directe d'un immeuble dotal et la vente ou l'affectation hypothécaire d'un pareil immeuble, consentie dans le but de se procurer la somme dont on veut gratifier l'enfant à établir, une différence notable. Bien que l'enfant donataire de l'immeuble dotal soit autorisé à l'aliéner, la réserve des autres enfants reste, dans ce cas, garantie au moyen de l'action subsidiaire en revendication qui leur compète, en vertu de l'art. 930, contre le tiers acquéreur de cet immeuble ; tandis que si l'aliénation émane directement de la mère, le tiers acquéreur est à l'abri de toute recherche, et les autres enfants n'ont qu'une action personnelle en rapport ou en réduction contre le donataire, action qui peut devenir illusoire par l'insolvabilité de ce dernier. D'après cela, et en s'attachant à la considération que l'inaliénabilité des immeubles dotaux est établie dans l'intérêt de la famille entière, on pourrait être porté à prendre le mot *donner*, dont se servent les art. 1555 et 1556, dans son sens technique et restreint. Toutefois, comme on ne trouve rien, dans les travaux préparatoires du Code, qui indique que ce côté de la question se soit présenté à l'esprit du législateur, et que les orateurs du Gouvernement et du Tribunat, en expliquant les articles précités, ont parlé d'une manière générale de la faculté d'*aliéner* les immeubles dotaux pour l'établissement des enfants, nous ne croyons pas qu'on doive s'arrêter à cette interprétation restrictive, qui d'ailleurs entraînerait, dans la pratique, des inconvénients et des entraves souvent très-préjudiciables. — Ceci était écrit depuis quelque temps déjà, lorsque nous avons trouvé, au recueil de MM. Devilleneuve et Carette (Sir., 57, 2, 657), une dissertation de M. Tailhade, dans laquelle cet honorable magistrat cherche à faire prévaloir, au moyen des idées indiquées au commencement de cette note, une opinion contraire à celle que, d'accord avec la jurisprudence et la doctrine, nous avons cru devoir adopter. Cette dissertation n'a point modifié notre manière de voir, et nous maintenons, du moins pour l'hypothèse prévue au texte, la solution que nous avons admise. Les motifs de douter, qui s'étaient présentés à notre esprit, ne sauraient, malgré le talent avec lequel ils ont été développés par M. Tailhade, prévaloir contre les raisons de décider qui ont déterminé notre conviction.

109 Dans cette hypothèse, en effet, on ne trouve aucune libéralité exercée

Lorsque les biens dotaux ont été hypothéqués pour sûreté du paiement de la dot promise par la mère ou par le père, cette garantie hypothécaire n'a d'effet, du moins après la mort de la mère, que sauf la réserve des autres enfants sur la succession de cette dernière. Si, au contraire, les biens dotaux ont été vendus ou hypothéqués pour la garantie du remboursement de sommes fournies par des tiers, la complète efficacité de la vente ou de l'hypothèque ne saurait être contestée, sous prétexte d'atteinte portée à la réserve des autres enfants[110]. Les tiers acquéreurs ou les créanciers ne pourraient être recherchés, que si le prix de vente ou les fonds empruntés n'avaient pas reçu l'emploi en vue duquel les art. 1555 et 1556 autorisent la vente ou l'affectation hypothécaire du fonds dotal[111]. Hors de cette hypothèse, les cohéritiers de l'enfant avantagé n'ont qu'une action personnelle en rapport ou en réduction à exercer contre ce dernier.

Du reste, la femme est autorisée à donner ses immeubles dotaux pour l'établissement de ses enfants, même dans le cas où elle a des biens paraphernaux; et, lorsqu'une mère, possédant tout à la fois des biens dotaux et des biens paraphernaux, a promis une dot en argent sans exprimer sur quels biens elle serait prise, les tribunaux peuvent, par appréciation des circonstances, décider que son intention a été d'affecter ses biens dotaux, préférablement à ses

par la mère envers son fils : il n'existe qu'un engagement contracté par cette dernière, au profit d'une tierce personne ; et la circonstance que cet engagement aurait été exigé comme condition du mariage, et consenti dans la vue de le faciliter, ne suffit pas pour le faire rentrer sous l'application des dispositions exceptionnelles des art. 1555 et 1556. Nous ajouterons qu'un cautionnement donné en prévision précisément de l'insolvabilité du fils, tournerait toujours au détriment des autres enfants ; et, c'est une raison de plus pour ne pas l'admettre. Limoges, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 588. Voy. en sens contraire : Montpellier, 7 juin 1825, Sir., 26, 2, 223 ; Nîmes, 30 avril 1845, Sir., 46, 2, 68 ; Bordeaux, 1er mai 1850, Sir., 51, 2, 185 ; Limoges, 3 mars 1854, Sir., 54, 2, 352.

110 Grenoble, 1er février 1849, et Rouen, 17 janvier 1852, Sir., 52, 2, 392 et 395. Voy. cep. Grenoble, 4 août 1832, Sir., 33, 2, 427 ; Nîmes, 30 avril 1845, Sir., 46, 2, 68.

111 Cpr. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 133 ; Bordeaux, 31 août 1840, Sir., 41, 2, 145 ; Req. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 609.

paraphernaux [112]. Mais, dans le doute, c'est le contraire qui doit se présumer [113].

6° *De l'aliénation des immeubles dotaux avec permission de justice.*

Les tribunaux peuvent permettre l'aliénation des immeubles dotaux, lorsque cette mesure est nécessaire pour mettre les époux en situation de pourvoir à certains besoins, ou d'acquitter certaines dettes. Ils peuvent aussi autoriser la vente par licitation ou l'échange de ces immeubles.

a. *De l'aliénation des immeubles dotaux pour subvenir aux besoins des époux.*

Les tribunaux peuvent autoriser cette aliénation pour les causes suivantes :

α. Pour tirer de prison le mari ou la femme [114]. Art. 1558, al. 2.

β. Pour fournir des aliments dus en vertu des art. 203, 205 et 206, et notamment pour pourvoir aux frais d'éducation des enfants [115], ou pour faire l'acquisition d'un mobilier indispensable à la famille. Art. 1558, al. 3 [116]. La disposition de cet alinéa

[112] Civ. cass., 18 février 1852, Sir., 52, 1, 299. Cpr. Toulouse, 13 mai 1852, Sir., 52, 2, 594.

[113] Limoges, 16 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625. Bordeaux, 27 janvier 1853. Sir., 53, 2, 252. Req. rej., 1er juillet 1861, Sir., 61, 1, 774.

[114] L'aliénation ne pourrait avoir lieu, si la femme ou le mari était simplement menacé de contrainte par corps. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 8. Tessier, I, p. 419. Bellot des Minières, IV, p. 125. Benoît, I, 227. Toullier, XIV, 199. Duranton, XV, 509. Odier, III, 1288. Troplong, IV, 3441. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 1. Zachariæ, § 537, note 39. Caen, 4 juillet 1826, Sir., 27, 2, 150. Rouen, 16 janvier 1838, Sir., 38, 2, 104. Civ. rej., 15 avril 1842, et Civ. cass., 25 avril 1842, Sir., 42, 1, 541 et 544. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p 310 ; Rodière et Pont, III, 1796. Cpr. aussi : Caen, 3 janvier 1853, Sir., 53, 2, 575.

[115] Tessier, I, p. 410. Rodière et Pont, III, 1798. Troplong, IV, 3450. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 2. Req. rej., 3 mai 1842, Sir., 42, 1, 493. Caen, 7 mars 1845, Sir., 45, 2, 585. Agen, 13 juillet 1849, Sir., 49, 2, 367. Agen, 18 juin 1851, Sir., 52, 2, 17. Nîmes, 26 juillet 1853, Sir., 53, 2, 688.

[116] Caen, 27 janvier 1843, Sir., 44, 2, 78. Voy. aussi : Civ. rej., 5 novembre 1855, Sir., 56, 1, 204; Montpellier, 2 mars 1858, Sir., 59, 2, 30.

s'applique, par identité de raison et même *a fortiori*, aux aliments à fournir aux époux eux-mêmes [117]. Mais elle ne comprend pas la dette alimentaire de la femme envers ses enfants d'un premier lit, ou envers un enfant naturel reconnu dès avant le mariage [118].

γ. Pour payer les dettes de la femme, ainsi que celles des personnes qui ont constitué la dot, en tant que la femme s'en trouverait personnellement ou hypothécairement tenue [119], pourvu que, dans l'un et l'autre cas, il s'agisse de dettes ayant acquis date certaine antérieurement à la passation du contrat de mariage [120],

117 Tessier, I, p. 414. Duranton, XV, 540. Rodière et Pont, *loc. cit.* Zachariæ, § 537, note 40. Rouen, 21 août 1820, Sir., 22, 2, 225.

118 Dans les cas prévus par les art. 203, 205 et 206, il s'agit d'obligations qui, nées du mariage même, sont communes aux deux époux, et dont l'acquittement entre dans la destination de la dot ; tandis que la dette alimentaire de la femme envers ses enfants d'un premier lit, ou envers un enfant naturel, est complétement étrangère au mari et à la destination de la dot. Cette dette constitue une obligation antérieure au mariage, et suit le sort des obligations de cette nature. Cpr. § 538, texte n° 1. Sériziat, n° 166. Pau, 18 mai 1863, Sir., 64, 2, 139. Voy. cependant, quant à la dette alimentaire envers des enfants d'un premier lit : Rodière et Pont, III, 1798.

119 Odier, III, 1296. Sériziat, n° 67, p. 232 et suiv. Rodière et Pont, III, 1801. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1558, n° 3. Suivant cet auteur, l'immeuble dotal pourrait être aliéné avec permission de justice, pour payer les dettes de ceux qui ont constitué la dot, alors même que la femme n'en serait, ni hypothécairement, ni personnellement tenue. Il prétend que la disposition de l'art. 1558 a été principalement décrétée en vue des dettes pour le paiement desquelles les créanciers n'ont aucun droit de poursuite sur les biens dotaux. Mais il ne nous paraît avoir été amené à cette manière de voir que pour avoir supposé, à tort selon nous, qu'il pouvait exister des dettes de la femme qui, quoique antérieures au mariage, ne seraient cependant pas susceptibles d'être poursuivies sur les biens dotaux. Cpr. § 538, texte et note 2. D'ailleurs, existât-il de pareilles dettes, la femme qui les a contractées, en serait toujours personnellement tenue, et l'on comprendrait à la rigueur que la loi eût permis, pour en faciliter le paiement, l'aliénation des biens dotaux. Mais, aller jusqu'à dire qu'il doit en être de même de dettes complétement étrangères à la femme, et dont elle n'est civilement tenue à aucun titre, c'est outrepasser le but de la loi, et faire fléchir, sans motifs suffisants, le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

120 Il ne suffirait pas, pour que l'aliénation pût être autorisée, que les dettes eussent acquis date certaine antérieurement seulement à la célébration du mariage. Tessier, I, note 638. Sériziat, n° 187. Duranton, XV, 514. Taulier, V, p. 315. Odier, III, 1292. Rodière et Pont, III, 1800. Troplong, IV, 3468. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 2. Montpellier, 7 janvier 1830, Sir., 30, 2, 69. Voy. en sens

ou résultant de ce contrat même. Art. 1558, al. 4 [121].

On doit ranger au nombre des dettes de la femme ayant une date certaine antérieure au contrat de mariage, la dette alimentaire envers un enfant naturel reconnu dès avant la passation de cet acte, ou envers les enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur [122]. Quant aux dettes commerciales contractées par une femme, qui, avant le mariage, était marchande publique, il appartient aux tribunaux d'examiner, d'après les éléments à l'aide desquels leur existence même est susceptible d'être établie, si celles de ces dettes pour l'acquittement desquelles les époux demandent la permission d'aliéner les immeubles dotaux, remontent à une époque antérieure au contrat de mariage [123].

contraire : Bellot des Minières, IV, p. 133; Cubain, *Droits des femmes*, n° 395; Rouen, 10 janvier 1867, Sir., 67, 2, 109. — Voy. sur la question de savoir si les créanciers, envers lesquels la femme s'est engagée dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage, ont action sur les biens dotaux : § 538, texte n° 1.

121 Civ. rej,, 20 août 1861, Sir., 62, 1, 17.

122 Cpr. § 508, texte n° 6. D'après la Cour de Pau (18 mai 1863, Sir., 64, 2, 139), les aliments dus par la femme à ses enfants d'un premier lit ou à un enfant naturel reconnu, ne seraient à considérer comme une dette ayant acquis date certaine avant le contrat de mariage, qu'autant qu'elle aurait été reconnue et réglée dès avant cette époque par jugement ou par convention. Nous ne saurions admettre cette doctrine. L'obligation pour les père et mère de fournir des aliments à leurs enfants a son fondement dans la paternité ou la maternité, et existe, du moins virtuellement et en principe, à partir du moment même où ce rapport s'est établi. Si l'enfant ne peut réclamer des aliments que lorsqu'il en a besoin, ce n'est pas une raison pour considérer l'obligation de ses père et mère envers lui comme ne dérivant que du fait même qu'il se trouve avoir besoin d'aliments, ni surtout comme ne prenant date que du jour où ce fait aura été reconnu ou constaté. La dette alimentaire est une obligation *éventuelle*, et les obligations de cette nature remontent, quant à la capacité des parties et quant à leurs effets sur le patrimoine du débiteur, au jour où elles ont été contractées, et non pas seulement au moment où l'événement dont elles supposent l'existence, vient à se réaliser. La doctrine de la Cour de Paris conduirait d'ailleurs à une conséquence qui paraît inadmissible. Il en résulterait, en effet, que, dans le cas où la femme se serait constitué en dot l'universalité de ses biens, les enfants du premier lit ou son enfant naturel se trouveraient privés de toute action utile contre elle.

123 Cpr. § 508, texte et note 20; § 756, texte *in fine*. Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, IV, 3466. Req. rej., 17 mars 1830, Sir., 30, 1, 134. Civ. cass., 1er décembre 1830, Dalloz, 1831, 1, 9. Aix, 27 avril 1865, Sir., 65, 2, 53.

δ. Pour payer les dettes grevant les successions échues à la femme pendant le mariage, et comprises dans sa constitution dotale [124]. Arg. art. 1558, al. 4.

ε. Pour faire de groses réparations, indispensables à la conservation des immeubles dotaux. Art. 1558, al. 5.

Cette disposition, fondée sur la règle de raison et de justice que les frais faits pour la conservation d'une chose doivent, au besoin, être supportées par cette chose, ne saurait être considérée comme strictement limitative. C'est ainsi qu'il peut y avoir lieu de l'étendre au paiement des droits de mutation dus à raison d'immeubles adjugés à la femme sur les poursuites exercées contre le mari ou contre des tiers [125]. Mais elle ne doit pas être appliquée au cas où il s'agirait de constructions nouvelles ou de travaux qu'on prétendrait devoir augmenter la valeur d'un immeuble dotal [126].

124 On a voulu soutenir, en se fondant sur la maxime *Bona nun sunt, nisi deducto aere alieno*, et par la raison que les immeubles qui resteraient après le paiement des dettes seraient seuls frappés de dotalité, que les époux n'ont en pareil cas besoin d'aucune autorisation. Voy. en ce sens : Paris, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 97. Mais c'est là faire une fausse application de la maxime précitée. S'il est vrai de dire que, tous les biens d'une succession étant affectés au paiement des dettes dont elle est grevée, la valeur de l'hérédité ne peut se déterminer qu'en déduisant le passif, il est inexact de prétendre que l'héritier ne deviendra propriétaire que de ce qui restera après l'acquittement des dettes. D'un autre côté, la circonstance que des biens se trouvent affectés au paiement de certaines dettes, ne peut exercer aucune influence sur la question de savoir à quelles conditions ces biens peuvent être aliénés, question qui doit se décider d'après la position personnelle du propriétaire, et, lorsqu'il s'agit d'une femme mariée, d'après son contrat de mariage. Devilleneuve, Sir., 56, 2, 129, à la note. Montpellier, 3 janvier 1852, Sir., 54, 2, 117. Cette solution devrait être admise, même au cas où l'aliénation des immeubles dotaux aurait été permise par le contrat de mariage, mais sous condition de remploi, parce que le paiement des dettes affectant ces immeubles ne saurait être considéré comme un remploi. Cpr. texte n° 4, et note 80 *supra*. Voy. cep. Devilleneuve, *loc. cit.*; Caen, 19 juin 1852, et Rouen, 19 août 1852, Sir., 56, 2, 129 et 135.

125 Nîmes, 1er mai 1861, Sir., 61, 2, 417.

126 Rodière et Pont, III, 1804. Troplong, IV, 3474. Zachariæ, § 537, texte et note 46. Bordeaux, 1er août 1834, Sir., 34, 2, 685. Rouen, 12 mai 1842, Sir., 42, 2, 520. Rouen, 17 mai 1844, Sir., 44, 2, 352. Paris, 11 avril 1850, Sir., 51, 2, 163. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 472. Bordeaux, 21 juillet 1862, Sir., 63, 2, 11. Voy. cep. Rouen, 15 avril 1842, Sir., 42, 2, 521.



L'aliénation des immeubles dotaux ne peut avoir lieu, même pour les causes qui viennent d'être énumérées, qu'en vertu d'une permission spéciale et préalable [127], donnée par le tribunal du domicile des époux.

La vente doit, à peine de nullité, être faite, aux enchères publiques, dans les formes prescrites par l'art. 997 du Code de procédure. L'excédant du prix de vente sur les besoins reconnus par le juge, reste dotal; et, il doit en être fait emploi comme tel au profit de la femme. Art. 1558, al. 7.

Du reste, les tribunaux peuvent, pour les causes ci-dessus indiquées, autoriser la femme à contracter un emprunt avec constitution d'hypothèque sur ses biens dotaux [128].

Mais l'hypothèque constituée sur des immeubles dotaux, sans permission préalable de justice, pour sûreté d'un emprunt contracté par les époux, serait nulle, alors même qu'il aurait été déclaré dans l'acte d'emprunt, que les deniers étaient destinés à l'acquittement de dettes grevant ces immeubles par privilége ou par hypothèque, et que les paiements indiqués eussent été réellement effectués [129].

L'adjudicataire de l'immeuble dotal aliéné en vertu de l'art. 1558, doit payer son prix aux personnes désignées pour le recevoir par

[127] Cpr. Code de procédure, art. 997, al. 2. Benoît, I, 239. Lyon, 2 mai 1833, Sir., 33, 2, 359. Rouen, 12 mai 1842, Sir., 42, 2, 520. Toulouse, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 611. Nîmes, 22 avril 1856, Sir., 57, 2, 100.

[128] Duranton, XV, 507. Odier, III, 1315. Sériziat, n° 168. Rodière et Pont, III, 1806. Troplong, IV, 3446. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 6. Zachariæ, § 537, texte et note 46. Bordeaux, 1er août 1834, Sir., 34, 2, 685. Rouen, 17 janvier 1837, Sir., 38, 2, 102. Rouen, 12 janvier 1838, Sir., 38, 2, 450. Grenoble, 9 novembre 1839, Sir., 40, 2, 209. Req. rej., 1er décembre 1840, Sir., 40, 1, 943. Lyon, 4 juin 1841, Sir., 41, 2, 612. Civ. rej., 24 août 1842, Sir., 42, 1, 842. Caen, 7 mars 1845, Sir., 45, 2, 585. Bordeaux, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 611. Req. rej., 7 juillet 1857, Sir., 57, 1, 534. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p. 323 ; Bordeaux, 11 août 1836, Sir., 37, 2, 230 ; Rouen, 31 août 1836 et 12 janvier 1838, Sir., 38, 2, 103. — L'autorisation, accordée par la justice à la femme, d'aliéner un immeuble dotal, emporte-t-elle celle de l'hypothéquer ? Voy. pour l'affirmative : Req. rej., 30 décembre 1850, Sir., 51, 1, 29.

[129] Civ. cass., 19 décembre 1862, Sir., 63, 1, 131. — Cependant rien n'empêche que les époux ne puissent, en remplissant les conditions exigées par l'art. 1250, n° 2, subroger un bailleur de fonds aux droits de créanciers ayant privilège ou hypothèque sur des immeubles dotaux (même arrêt).

le jugement qui a permis l'aliénation. En l'absence d'indication suffisante à cet égard, il doit le verser directement entre les mains des créanciers pour le paiement desquels l'aliénation a été autorisée ; et, il ne serait pas, en général, libéré par un paiement fait aux époux, si ceux-ci n'avaient pas employé les fonds à leur destination [130]. Il fera même bien, pour mettre sa responsabilité complétement à couvert, de ne vider ses mains qu'après un second jugement, qui, en désignant les personnes déléguées pour recevoir le prix, aura déterminé le montant de leurs créances [131].

Lorsque le prix de vente excède les besoins pour lesquels l'aliénation a été permise, l'adjudicataire doit en outre veiller, sous sa responsabilité, au remploi de l'excédant [132]. Faute de quoi, il est exposé à payer cet excédant une seconde fois. Mais on ne pourrait, pour ce motif, provoquer la nullité de l'adjudication, qui, d'ailleurs, aurait été faite avec autorisation de justice, et dans les formes prescrites par la loi [133].

Si l'aliénation de l'immeuble dotal avait été permise hors des cas où le juge a le droit de l'autoriser, elle serait nulle, tout

130 Troplong, IV, 3487. Zachariæ, § 537, note 42. Aix, 10 février 1832, Sir., 32, 2, 640. — La proposition énoncée au texte reste, par la force même des choses, étrangère à l'hypothèse où les époux ont été autorisés à vendre un immeuble dotal pour procurer des aliments à la famille, ou pour acheter des objets mobiliers qui se paient au comptant. Aix, 10 février 1832, Sir., 32, 2, 640. Agen, 3 décembre 1846, Sir., 46, 2, 261. Civ. rej., 5 novembre 1856, Sir., 56, 1, 204.

131 Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 132 Req. rej., 9 janvier 1828, Sir., 28, 1, 127.

132 Cpr. Sériziat, n° 172; Odier, III, 1314; Taulier, V, p. 322 et 323; Rodière et Pont, III, 1848; Benech, *op. cit.*, n° 132 ; Marcadé, sur l'art. 1558, n° 6; Zachariæ, § 537, texte et note 45. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 516.

133 L'emploi de l'excédant du prix sur les besoins pour lesquels l'aliénation a été permise par le juge, ne constitue pas, comme le remploi à la charge duquel l'aliénation a été autorisée par le contrat de mariage, une condition de la faculté même d'aliéner, mais une simple obligation qui résulte accidentellement d'une aliénation régulièrement consommée, et dont l'inexécution ne peut dès lors réagir sur la validité de cette aliénation. Benech, *op. cit.*, n° 134 Voy. en sens contraire: Tessier, I, p. 237; Sériziat et Marcadé, *locc. citt.*

comme si les époux l'avaient faite sans permission[134]. Mais, lorsque l'autorisation de justice a été accordée pour une des causes prévues par la loi, le tiers acquéreur ne peut être inquiété, sous le prétexte de la fausseté des faits allégués pour obtenir cette autorisation[135].

b. *De la vente par licitation d'immeubles dotaux indivis.*

Lorsqu'un immeuble dotal, indivis avec des tiers, ou même entre les époux[136], n'est pas susceptible d'être commodément partagé[137],

134 Troplong, IV, 3493, 3495 et 3499. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 6. Caen, 5 juillet 1826, Sir., 27, 2, 150. Civ. cass., 26 avril 1842, Sir., 42, 1, 541. Caen, 12 juin 1842, Sir., 42, 2, 462. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 472. Civ. cass., 29 août 1860, Sir., 61, 1, 9. Rouen, 2 mai 1861, Sir., 62, 2, 171. Cpr. Zachariæ, § 537, texte et note 47; Grenoble, 4 juillet 1832, Sir., 33, 2, 427. Voy. en sens contraire: Devilleneuve, Sir., 42, 1, 541, à la note; Odier, III, 1289. Cpr. aussi: Grenoble, 9 novembre 1839, Sir., 40, 2, 209; Lyon, 4 juin 1841, Sir., 41, 2, 612.

135 Troplong, IV, 3496 et 3497. Marcadé, *loc. cit.* Caen, 12 juin 1842, Sir., 42, 2, 462. Civ. cass., 17 mars 1847, Sir., 47, 1, 576. Rouen, 29 mai 1847, Sir., 48, 2, 245. Req. rej., 14 février 1848, Sir., 49, 1, 387. Req. rej., 30 décembre 1850, Sir., 51, 1, 29. Montpellier, 22 décembre 1852, Sir., 53, 2, 69. Req. rej., 22 août 1855, Sir., 56, 1, 319. Req. rej., 7 juillet 1857, Sir., 57, 1, 734. Cpr. aussi: Req. rej., 25 mai 1840, Sir., 40, 1, 699.

136 Lorsqu'un immeuble est indivis entre les époux, le mari, en tant que copropriétaire, est évidemment un tiers : cette hypothèse se trouve donc comprise dans la disposition de l'al. 6 de l'art. 1558. Rouen, 1er août 1853, Sir., 54, 2, 265. Grenoble, 18 août 1854, Sir., 55, 2, 91. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 1807. Ces auteurs, tout en reconnaissant que le mari a le droit incontestable de provoquer, au moyen d'une demande formée contre la femme, la vente d'un immeuble indivis entre eux, et non susceptible de partage en nature, enseignent cependant que le tribunal ne pourrait, par un acte de juridiction gracieuse, accorder aux époux, qui la solliciteraient d'un commun accord, la permission de faire procéder à la licitation dans la forme prescrite par l'art. 997 du Code de procédure. Cela aboutit à dire que le mari qui aurait intérêt à sortir d'indivision, sera forcé d'engager une instance judiciaire contre sa femme ; et cette conséquence paraît inadmissible.

137 Il n'est pas nécessaire que l'immeuble soit absolument impartageable ; il suffit qu'il ne puisse être partagé sans inconvénient réel et sans perte pour les ...es intéressées. Arg. art. 827. Cpr. § 624, texte n° 2. Benoît, I, 243. Odier, ...300 et 1301. Rodière et Pont, III, 1807.

le tribunal peut autoriser ces derniers à concourir ou à procéder à la licitation volontaire de cet immeuble, suivant les formes prescrites par l'art. 997 du Code de procédure [138]. Art. 1558, al. 6. Mais il ne pourrait permettre l'aliénation de la part indivise de la femme, si ce n'est pour l'une des causes indiquées par les alinéas 2 à 5 de l'art. 1558 [139].

Si la femme se rend adjudicataire de l'immeuble licité, les portions par elle acquises sur ses consorts deviennent dotales ou paraphernales, suivant les distinctions établies au § 534, texte n° 5.

Si c'est le mari qui s'est porté adjudicataire, soit en son nom personnel, soit même pour le compte de la femme, mais sans mandat de celle-ci, elle jouit du droit d'option que l'art. 1408 accorde, en pareil cas, à la femme mariée sous le régime de la communauté [140]. L'exercice et les effets de ce droit sont régis par les règles

138 L'alinéa 6 de l'art. 1558 nous paraît avoir eu particulièrement en vue l'hypothèse où tous les copropriétaires sont d'accord pour procéder à la licitation. Il a pour objet d'exprimer cette double idée que, malgré cet accord, la femme a besoin de l'autorisation de la justice pour concourir à la licitation, et que le juge peut, en reconnaissant l'impartageabilité, accorder cette autorisation sur simple requête et sans procédure contradictoire. Cpr. Code de procédure, art. 997. Quant au cas où la licitation serait provoquée par voie d'action, soit par les consorts de la femme, soit même par les époux, il est régi par les art. 815 et 818. Cpr. § 535, texte n° 1, notes 12 et 13. La véritable signification de l'alinéa 6 de l'art. 1558 ne nous paraît pas avoir été indiquée d'une manière satisfaisante par les auteurs. Cpr. Odier, 1301 ; Rodière et Pont, III, 1807 à 1809 ; Troplong, IV, 3477 à 3480.

139 L'opinion contraire, que professent MM. Rodière et Pont (III, 1808), nous semble repoussée par le texte de l'art. 1558, qui ne permet que l'aliénation de l'immeuble commun, et non celle de la part indivise que la femme peut y avoir. Il y a d'autant plus de raison de se tenir à la lettre de la loi, qu'une vente de part indivise ne se fait le plus souvent qu'à des conditions désavantageuses. Les époux sans doute ne sont pas tenus de rester dans l'indivision ; mais il ne résulte pas de là que le juge puisse les autoriser à en sortir autrement que par la voie du partage ou de la licitation.

140 La disposition de l'art. 1408 est en effet fondée sur l'état de dépendance où se trouve la femme ; et elle est, par cela même, applicable à tous les régimes matrimoniaux. Tessier, I, p. 279, note 472. Delvincourt, III, p. 109 et 110. Toullier, XIV, 218 et 219. Duranton, XV, 363. Taulier, V, p. 237. Sériziat, n° 170. Rodière et Pont, III, 1933. Babinet, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 709 et 710. Troplong, IV, 3482. Zachariæ, § 507, note 39. Riom, 10 décembre 1836, Sir., 36, 2, 186. Riom, 20 mai 1839, Sir., 39, 2, 513.

développées au § 507 [141]. C'est ainsi que la femme peut exercer son option, même avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens [142]. Du reste, lorsque la femme opte pour le retrait, la question de savoir si les portions de ses consorts deviennent dotales ou paraphernales, se décide d'après les mêmes distinctions que dans l'hypothèse où la femme s'est rendue adjudicataire.

Enfin, si l'immeuble est adjugé à un tiers, la portion du prix afférente à la femme est dotale, et doit, comme telle, être employée à son profit [143]. L'adjudicataire peut donc refuser le paiement de cette portion du prix, tant qu'il ne lui est pas justifié d'un remploi régulier [144]. S'il l'avait acquittée sans exiger de remploi, il pourrait être contraint à la payer une seconde fois ; mais la femme ou ses héritiers ne seraient pas admis à demander, pour ce motif, la nullité de la licitation [145].

c. *De l'échange des immeubles dotaux.*

Le juge peut permettre au mari [146] d'échanger un immeuble dotal, mais seulement sous les trois conditions suivantes, savoir : que la valeur de l'immeuble offert en échange soit des quatre cinquièmes au moins de celle de l'immeuble dotal ; que l'utilité de l'échange soit justifiée ; et, enfin, que la femme y donne son consentement. L'existence des deux premières conditions doit être

Riom, 29 mai 1843, Sir., 44, 2, 243. Grenoble, 18 août 1854, Sir., 55, 2, 91. Riom, 15 novembre 1869, Sir., 70, 2, 39. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 143 ; Odier, III, 1309. — Cpr. sur la question de savoir si l'art. 1408 s'applique aux immeubles paraphernaux : § 541, texte n° 1 et note 3.

141 Cpr. § 507, texte n° 3, et notes 97 à 107.

142 Grenoble, 18 août 1854, Sir., 55, 2, 91.

143 Cpr. Req. rej., 10 mars 1856, Sir., 56, 1, 657.

144 Rouen, 24 avril 1828, Sir., 28, 2, 190. Voy. aussi les autorités citées à la note 132 *supra*.

145 Cpr. texte et note 133 *supra*.

146 M. Taulier (V, p. 327) enseigne qu'au refus du mari, la justice pourrait permettre à la femme de conclure l'échange, en réservant l'usufruit de ce dernier. Mais cette opinion nous paraît en opposition avec les principes sur l'administration de la dot, et avec l'art. 1559, qui suppose évidemment que l'échange est proposé par le mari. Rodière et Pont, III, 1813. Odier, III, 1317.

établie au moyen d'une vérification faite par des experts nommés d'office. Art. 1559, al. 1.

L'immeuble reçu en contre-échange devient de plein droit dotal, soit pour le tout, soit jusqu'à concurrence seulement de la valeur de l'immeuble donné en échange, suivant les distinctions indiquées au § 534 [147]. La soulte qui peut être due à la femme, est également dotale; et, il doit en être fait emploi, conformément à ce qui a été dit ci-dessus [148].

§ 537 *bis*.

La dot mobilière est-elle inaliénable? Dans quel sens, ou dans quelle mesure, la jurisprudence a-t-elle admis cette inaliénabilité?

En Droit romain, le mari avait, comme *dominus dotis*, le droit d'aliéner les meubles dotaux; et la femme n'était pas autorisée à les revendiquer contre les tiers, à l'époque où devait se faire la restitution de la dot [1].

D'un autre côté, la femme était autorisée à renoncer à son hypothèque légale; et la novelle 61 ne restreignit cette faculté, dont elle avait joui jusqu'alors d'une manière illimitée, que relativement à l'hypothèque qui pouvait éventuellement lui compéter pour assurer l'exécution d'une donation anté-nuptiale.

Enfin, il n'existait, en Droit romain, aucune disposition spéciale, frappant d'inefficacité, quant aux biens dotaux, les engagements contractés par la femme durant le mariage.

Les conséquences de ce système législatif n'étaient atténuées que par l'hypothèque légale et privilégiée accordée à la femme, et par le sénatus-consulte velléien, qui la protégeait contre les engagements contractés, par voie d'intercession, dans l'intérêt de son mari.

147 Cpr. § 534, texte n° 4, et note 34; texte n° 5, et notes 41 à 43. Cpr. aussi: Bordeaux, 28 mai 1866, Sir., 66, 2, 366.

148 Cpr. texte, notes 132 et 133, 143 à 145 *supra*.

1 Thibaut, *System*, § 448, texte et note *a*. Puchta, *Pandekten*, § 417. Zachariæ, § 537, texte et note 52.

Cependant certains commentateurs avaient admis, par une interprétation erronée de la loi 30 au Code, *de jure dotium* (5, 12), que la femme était en droit de revendiquer, contre les tiers, les meubles dotaux aliénés par le mari, soit d'une manière absolue, soit du moins dans le cas où il se trouvait insolvable à l'époque où devait se faire la restitution de la dot[2]; et, d'un autre côté, ils avaient, pour le même cas d'insolvabilité, étendu à tous les biens du mari, les restrictions apportées par la novelle 61 à la faculté, pour la femme, de renoncer à son hypothèque légale[3].

En s'attachant à l'esprit de ces doctrines, qui tendaient à entourer la dot mobilière de garanties plus efficaces, les parlements, tout en refusant à la femme, par application de la règle *Mobilia non habent sequelam*, le droit de revendiquer les meubles dotaux aliénés par son mari, proclamèrent le double principe, que la femme ne pouvait renoncer à son hypothèque légale, et que les engagements par elle contractés durant le mariage n'étaient pas susceptibles d'être exécutés sur ses meubles dotaux[4].

Le Code civil n'ayant posé, que quant aux immeubles dotaux, le principe de l'inaliénabilité, on devait rigoureusement en conclure que la dot mobilière était à tous égards aliénable[5]. Mais la juris-

[2] Voy. entre autres : Perezius, *Prælectiones in Cod.*, liv. V, tit. XXIII, n° 6; Despeisses, part. I, tit. XV, *De la dot*, sect. III, n° 29. Cette interprétation a été adoptée par M. Tessier (*Questions sur la dot*, n° 85). Cpr. sur le véritable sens de cette loi, qui ne s'occupe que du conflit entre les droits de la femme et ceux des créanciers hypothécaires du mari : Cujas, *ad tit. C. de jur. dot.* (5, 12).

[3] Voy. Brunemann, sur la loi 11, *C. ad sen. cons. vell.* (4, 29); Faber, *C.*, liv. IV, tit. XXI, def. 26, liv. VIII, tit. XV, def. 3.

[4] Voy. à cet égard le résumé de la jurisprudence des Parlements, présenté par M. Odier (III, 1234), et par M. Tessier (*op. cit.*, n°s 91 à 99).

[5] Voy. en ce sens : Toullier, XIV, 76 et suiv.; Duranton, XV, 542 et suiv.; Vazeille, *Du mariage*, II, 330; Coulon, *Quest. de droit*, II, p. 206; Sériziat, p. 145 et suiv.; Odier, III, 1239; Troplong, *Des hypothèques*, III, 923, et *Du contrat de mariage*, IV, 3225 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 1554, n°s 2 et 3, et *Revue critique*, 1851, I, p. 602 et 622, 1852, II, p. 206 et 458, 1853, III, p. 212; Zachariæ, § 537, texte, et note 53. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 112; Benoît, I, 206; Bellot des Minières, IV, p. 88; Grenier, *Des hypothèques*, I, 34; Tessier, *De la dot*, I, p. 288 et suiv., et *Questions sur la dot*, n°s 106 et suiv.; Taulier, V, p. 278 et suiv.; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Régime dotal, n° 101; Rodière et Pont, III, 1772 et suiv.; Pont, *Revue critique*, 1853, III, p. 655.

prudence entra dans une voie différente. Partant de l'idée que l'intention des rédacteurs du Code avait été de maintenir le régime dotal, tel qu'il était pratiqué aux pays où il formait autrefois le Droit commun, les tribunaux ont fait revivre les principes consacrés par les parlements [6]. Le système auquel ils se sont arrêtés, après d'assez longues fluctuations [7], se résume dans ces deux propositions :

Le mari a le droit de disposer des meubles dotaux.

Mais, quant à la femme elle-même, la dot mobilière est inaliénable, de sorte qu'elle ne peut, par aucun acte, ni compromettre le droit de réclamer, lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, la restitution intégrale de la dot, ni renoncer à l'hypothèque légale destinée à assurer cette restitution, ni enfin faire servir, par une voie quelconque, sa dot mobilière au paiement des obligations qu'elle aurait contractées durant le mariage.

Le droit de disposition dont jouit le mari s'applique, non-seulement aux meubles corporels dont il est devenu propriétaire, mais encore à ceux dont la femme a conservé la propriété.

[6] Le point de départ de cette jurisprudence est contestable en lui-même, puisque les travaux préparatoires du Code ne fournissent à cet égard aucune induction précise, et que, d'un autre côté, le chap. III du titre *Du contrat de mariage* contient un système complet de législation sur le régime dotal. Il faut d'ailleurs ne pas perdre de vue, que les prohibitions d'aliéner ou de renoncer sont de droit étroit, et ne sauraient être admises que sur le fondement de textes positifs, textes qui font complétement défaut en ce qui concerne la dot mobilière. Toutefois, nous devons reconnaître que le régime dotal, avec l'inaliénabilité restreinte aux seuls immeubles, resterait incomplet, et n'atteindrait qu'imparfaitement le but en vue duquel il a été établi. Cette considération, dont il est impossible de contester la justesse en présence de l'accroissement considérable de la fortune mobilière, et surtout à raison de l'abrogation du sénatus-consulte velléien, ne justifie pas sans doute les décisions de la jurisprudence, au point de vue de l'interprétation rigoureuse de la loi ; mais elle les explique du moins, sous le rapport des exigences pratiques.

[7] Voy. le tableau de la jurisprudence jusqu'en 1837, présenté par Devilleneuve (Sir., 37, 1, 97, à la note). Depuis lors, il n'a été rendu qu'un seul arrêt dans le sens de l'aliénabilité absolue de la dot mobilière (Lyon, 16 juillet 1840, Sir., 41, 2, 241). Les autres monuments de la jurisprudence, postérieurs à cette époque, ont admis, d'une manière plus ou moins formelle, le système résumé au texte. Voy. les arrêts cités aux notes suivantes.

Il s'étend également aux créances dotales de quelque nature qu'elles soient, même aux rentes perpétuelles ou viagères, faisant partie de la dot. Le mari peut donc, sans le concours de la femme, céder valablement les créances dotales, qu'elles soient, ou non, actuellement exigibles[8], transférer les rentes perpétuelles, ou consentir, contre paiement d'un capital, à l'extinction d'une rente viagère[9].

Toutefois, si les ventes, cessions, ou autres actes de disposition de meubles corporels ou de droits mobiliers, avaient été passés d'une manière frauduleuse, et que les tiers se fussent rendus complices de la fraude du mari, la femme pourrait demander la révocation de ces actes, au cas où il en résulterait pour elle un préjudice quelconque, par suite notamment de l'insolvabilité de son mari[10].

Du reste, il ne faut pas perdre de vue que le mari ne jouit, qu'en qualité d'administrateur de la dot, du droit de disposer de ceux des meubles dotaux dont la propriété ne lui a pas été transmise. Nous nous bornerons à renvoyer au § 536 pour l'explication des droits qui restent à la femme comme propriétaire de ces meubles.

L'impossibilité légale où se trouve la femme de faire aucun acte de nature à préjudicier à ses droits en ce qui concerne sa dot mobilière, conduit entre autres aux conséquences suivantes :

a. La femme ne peut, avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, céder ses reprises dotales. Elle ne peut pas davantage, avant l'une ou l'autre de ces époques, recevoir, de la part des

[8] Agen, 30 novembre 1843, Sir., 44, 2, 458. Civ. rej., 12 août 1846, Sir., 46, 1, 602. Grenoble, 13 juillet 1848, Sir., 48, 2, 753. Civ. rej., 29 août 1848, Sir., 48, 1, 721. Paris, 18 décembre 1849, Caen, 13 juillet 1848, et Bordeaux, 26 mai 1849, Sir., 50, 2, 97 à 103. Bordeaux, 18 février 1850, Sir., 50, 2, 339. Civ. cass., 26 août 1851, et Req. rej., 1er décembre 1851, Sir., 51, 1, 805 et 808. Req. rej., 18 février 1852, Sir., 53, 1, 729. Paris, 14 janvier 1854, Sir., 54, 2, 90. Caen, 26 mars 1862, Sir., 63, 2, 62. Req. rej., 1er août 1866, Sir., 66, 1, 363. Voy. en sens contraire : Tessier, *De la dot*, I, p. 330, et *Questions sur la dot*, nos 68 à 78 ; Zachariæ, § 536, texte et note 4. — Cpr. aussi, quant au pouvoir de transiger : Nîmes, 31 décembre 1856, Sir., 57, 2, 437; Civ. cass., 6 décembre 1859, Sir., 60, 1, 644.

[9] Civ. cass., 6 décembre 1859, Sir., 60, 1, 644.

[10] Cpr. Civ. rej., 26 mars 1855, Sir., 55, 1, 481.

tiers, débiteurs personnels ou hypothécaires, le remboursement de ses créances dotales. Les paiements faits au mépris de ces prohibitions ne sont pas libératoires[11].

b. La femme ne peut, ni subroger à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales, ni y renoncer, ni même céder la priorité de son rang hypothécaire[12].

c. La femme ne peut donner main-levée des inscriptions destinées à garantir des créances dotales, dont le paiement n'a pas été effectué, ni acquiescer valablement aux jugements prononçant la radiation de pareilles inscriptions[13].

d. La femme ne peut, ni transiger ou compromettre sur ses droits dotaux mobiliers, ni faire des aveux ou déclarations quelconques de nature à y porter atteinte[14].

[11] Civ. cass., 23 août 1854, Sir., 55, 1, 404. Civ. cass., 12 janvier 1857, Sir., 57, 1, 349. Cpr. Paris, 13 février 1845, Sir., 46, 2, 175.

[12] Req. rej., 28 juin 1810, Sir., 10, 1, 341. Paris, 10 août 1831, Sir., 31, 2, 289. Req. rej., 26 mai 1836, Sir., 36, 1, 775. Poitiers, 15 décembre 1836, Sir., 37, 2, 49. Civ. cass., 2 janvier 1837, Sir., 37, 1, 97. Paris, 11 décembre 1841, Sir., 42, 2, 64. Agen, 18 mai 1856, Sir., 58, 2, 373. Req. rej., 11 mai 1859, Sir., 59, 1, 481, et 6 décembre 1859, Sir., 60, 1, 644. Caen, 26 mars 1861, Sir., 63, 2, 62. Caen, 28 janvier 1865, Sir., 65, 2, 257. Civ. cass., 13 février 1866, Sir., 66, 1, 197. Req. rej., 14 novembre 1866, Sir., 67, 1, 21. Voy. dans le même sens, les motifs des arrêts cités à la note 8 *supra*. — Quoique partisan du système de l'aliénabilité de la dot mobilière, M. Troplong reconnaît cependant (IV, 3265) que la femme ne peut valablement renoncer à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales; il cherche à expliquer cette concession, en disant que cette hypothèque constitue un droit immobilier, dont l'aliénation tombe sous la prohibition de l'art. 1554. Mais cette explication n'est pas satisfaisante. L'hypothèque, en effet, n'a pas d'existence propre, et ne forme que l'accessoire de la créance à laquelle elle est attachée. Il est évident que, si la femme pouvait céder ses reprises dotales, elle pourrait aussi subroger à l'hypothèque légale destinée à les garantir, de même que le mari, autorisé à céder les créances dotales, est incontestablement en droit de céder aussi les hypothèques qui en sont les accessoires. On est ainsi forcé de reconnaître que, si la femme ne peut ni subroger ni renoncer à l'hypothèque légale, qui lui est accordée pour assurer la restitution de ses reprises dotales, ce n'est là qu'une conséquence de l'impossibilité où elle se trouve de céder ses reprises elles-mêmes, c'est-à-dire de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

[13] Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271.

[14] Voy. § 537, texte n° 1, et note 11.

Les autres conséquences de l'inaliénabilité relative de la dot mobilière seront exposées aux §§ 538 et 539, où il sera traité des dettes de la femme mariée sous le régime dotal, et des effets qu'entraîne, sous ce régime, la séparation de biens [15].

Les exceptions auxquelles se trouve soumis, en vertu des art. 1555 à 1559, le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, s'appliquent également à la dot mobilière [16].

La clause qui permet à la femme d'aliéner ses biens dotaux, lui confère la faculté d'aliéner ses meubles, comme ses immeubles. Mais elle n'emporte pas, pour la femme, la faculté de céder ses reprises ou de renoncer à son hypothèque légale [17]. A plus forte raison, en est-il ainsi de la clause qui permet seulement l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles dotaux [18].

L'inaliénabilité relative de la dot mobilière ne forme point obstacle à la prescriptibilité, pendant le mariage, des créances dotales [19]. Elle n'empêche pas que ces créances ne soient soumises à la déchéance établie, au profit de l'Etat, par l'art. 9 de la loi du 29 janvier 1831 [20], et que les intérêts n'en soient prescriptibles par cinq ans, conformément à l'art. 2277 [21].

15 Voy. aussi : Civ. cass., 11 mai 1859, Sir., 59, 1, 481. Cet arrêt a fait une application intéressante du principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

16 Zachariæ, § 537, texte et note 60. Bordeaux, 22 novembre 1832, Sir., 33, 2, 584.

17 Voy. § 537, texte n° 4, note 65. — Nous croyons, par les raisons déveoppées dans cette note, devoir abandonner l'opinion contraire, émise dans notre précédente édition.

18 Taulier, V, p. 295 et 296. Rodière et Pont, III, 1784. Tessier, *Questions*, n°s 118 et 119. Marcadé, sur l'art. 1557. Zachariæ, § 537, note 30, *in medio*. Civ. cass., 2 janvier 1837, Sir., 37, 1, 97. Amiens, 19 avril 1837, Sir., 37, 2, 397. Caen, 28 juillet 1865, Sir., 65, 2, 257. Cpr. aussi : Poitiers, 15 décembre 1836, Sir., 37, 2, 49. Voy. en sens contraire : Lyon, 3 juin 1829, Sir., 29, 2, 301; Lyon, 16 mai 1832, Sir., 33, 2, 625; Lyon, 2 août 1845, Sir., 46, 2, 361. Cpr. aussi : Sériziat, n° 141; Troplong, IV, 3251; Req. rej., 9 juin 1847, Sir., 47, 1, 616.

19 Troplong, IV, 3233. Tessier, *Questions*, n° 136. Zachariæ, § 211, texte et note 12. Grenoble, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 417. Voy. cep. Taulier, V. p. 345; Rodière et Pont, III, 1895.

20 Décret en Conseil d'État du 19 mai 1853, Sir., 54, 2, 157.

21 Limoges, 26 janvier 1828, Sir., 29, 2, 31. Bordeaux, 8 février 1828, Sir., 28, 2, 116. Agen, 18 novembre 1830, Sir., 32, 2. 57. Toulouse, 12 août 1834, Sir., 35, 2, 207. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102.

A plus forte raison, cette inaliénabilité ne s'oppose-t-elle pas à ce que les jugements rendus au sujet de droits dotaux mobiliers n'acquièrent, durant le mariage, l'autorité de la chose jugée [22].

§ 538.

Des dettes de la femme mariée sous le régime dotal, en ce qui concerne le droit de poursuite de ses créanciers sur les biens dotaux [1].

Le principe posé par l'art. 2092 reçoit, sous le régime dotal, d'importantes modifications, tant à raison de l'inaliénabilité des biens dotaux, que par suite du droit de jouissance qui compète au mari sur ces biens, et de la destination spéciale à laquelle leurs revenus sont affectés. Ces modifications sont plus ou moins profondes, suivant qu'il s'agit des dettes de la femme antérieures au mariage, ou de celles qu'elle a contractées durant le mariage.

22 Cette proposition s'applique notamment aux règlements d'ordres judiciaires auxquels la femme a concouru. Riom, 4 février 1843, Sir., 43, 2, 186. Req. rej., 15 mai 1849, Sir., 49, 2, 641. Civ. cass., 18 janvier 1853, Sir., 53, 1, 5. Limoges, 4 mars 1858, Sir., 58, 2, 314 et 316. Cpr. aussi les arrêts cités à la note 19 du § 537.

1 Nous nous sommes déjà occupés au § 535, texte n° 2, notes 32 à 34, de la question de savoir, si les créanciers du mari sont ou non admis à saisir les revenus des biens dotaux. Nous avons également traité, au § 536, texte et notes 3 à 6, des mesures qui peuvent être prises par les époux, dans le cas où ces biens eux-mêmes seraient indûment frappés de saisie par les créanciers du mari. Au présent paragraphe, il ne doit plus être question que du droit de poursuite des créanciers de la femme. Encore n'aurons-nous à l'envisager que par rapport aux biens dotaux, et quant aux dettes contractées avant séparation de biens. Ce sera au § 539 que nous examinerons quels peuvent être les droits des créanciers de la femme, à raison des dettes par elle contractées après séparation de biens, et au § 541, que nous traiterons plus spécialement du droit de poursuite sur les biens paraphernaux.

1° *Des dettes de la femme antérieures au mariage.*

Les dettes dont la femme se trouvait grevée au jour de la célébration du mariage, n'affectent que ceux de ses biens dotaux qu'elle s'est elle-même constitués. Ses créanciers n'ont aucune action, ni pendant le mariage, ni après sa dissolution, sur les biens qui lui ont été donnés, en contrat de mariage, par ses père et mère, ou par d'autres personnes[2].

Il ne suffit pas, pour que les dettes de la femme puissent être poursuivies sur les biens qu'elle s'est constitués en dot, qu'elles aient une date certaine antérieure à la célébration du mariage ; il faut qu'elles aient acquis date certaine avant la passation du contrat de mariage[3]. Les dettes contractées par la femme dans l'in-

[2] Ces biens n'étant entrés dans le patrimoine de la femme que frappés d'inaliénabilité, n'ont pu devenir le gage de ses créanciers même antérieurs. Toullier, XIV, 209 et 344. Marcadé, sur l'art. 1558, n° 3. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 325; Duranton, XV, 513; Bordeaux, 29 août 1855, Sir., 56, 2, 679. — Cpr. quant aux dettes que la femme aurait contractées par le contrat de mariage, comme charges de donations à elle faites : Riom, 7 décembre 1859, et Civ. rej., 12 mars 1861, Sir., 61, 1, 529.

[3] Ce principe, que la loi n'a pas énoncé d'une manière explicite, se trouve implicitement consacré par l'al. 4 de l'art. 1558, qui le présuppose. En effet, si le législateur, en donnant aux tribunaux le pouvoir de permettre l'aliénation des biens dotaux pour l'acquittement des dettes de la femme antérieures au mariage, n'a cru devoir le faire que pour les créances ayant une date certaine antérieure au contrat de mariage, cela ne s'explique que parce que, dans sa pensée, ces créances étaient les seules à raison desquelles les créanciers pussent avoir action sur les biens dotaux. Le système contraire pourrait, d'ailleurs, donner lieu à des fraudes concertées entre les époux, et laisserait, en tout cas, à la femme, la possibilité de modifier ou de dénaturer, par des engagements contractés postérieurement à la passation du contrat de mariage, les effets que ce contrat devait produire. Cpr. art. 1404. Toullier, XIV, 208. Tessier, 1, note 638. Duranton, XV, 514. Sériziat, n° 167. Taulier, V, p. 315. Troplong, IV, 3468. Marinier, *Revue pratique*, 1859, VIII, p. 282 et suiv. Zachariæ, § 537, note 41. Montpellier, 7 janvier 1830, Sir., 30, 2, 69. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 409 : Cubain, *Droits des femmes*, n° 395; Rouen, 10 janvier 1867, Sir., 67, 2, 109. Voy. aussi : Rodière et Pont, III, 1801. Pour soutenir cette opinion, on est réduit à corriger l'al. 4 de l'art. 1558, en substituant aux mots : *avant le contrat de mariage*, ceux-ci : *avant la célébration du mariage*. Ce

tervalle de cet acte à la célébration du mariage, sont soumises, en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers, aux mêmes règles que les dettes contractées pendant le mariage, et ne peuvent, par suite, être poursuivies sur les biens dotaux, même après la dissolution du mariage [4].

Les explications données au n° 6, lett. *a*, du § 537, au sujet des dettes qui sont à considérer comme ayant une date certaine antérieure au contrat de mariage, s'appliquent également à la matière qui forme l'objet du présent paragraphe. On se bornera donc à y renvoyer, en ajoutant, pour les compléter, en ce qui concerne plus spécialement le droit de poursuite des créanciers, les deux observations suivantes : la première, que le capital d'une rente créée avant le contrat de mariage, doit être considéré comme ayant une date certaine antérieure à cet acte, bien que ce capital ne soit devenu exigible que par le défaut de paiement des arrérages pendant le mariage [5] ; la seconde, que l'on doit assimiler aux dettes qui n'ont pas acquis date certaine avant le contrat de mariage, les engagements antérieurs qui, étant susceptibles d'être annulés ou rescindés, ont été ratifiés par des actes dont la date n'est devenue certaine que postérieurement à ce contrat [6].

procédé ne trouve pas, à notre avis, sa justification dans le rapprochement de l'art. 1558 avec l'art. 1554. Nous reconnaissons toutefois que l'application du principe posé au texte à des engagements contractés par la femme envers des tiers de bonne foi, pourrait être d'une grande rigueur, dans le cas surtout où la femme se serait constitué en dot tous ses biens. Mais cette situation, qui ne doit se produire que rarement, ne serait pas sans remède : la femme qui, après avoir passé un contrat de mariage, par lequel elle s'est soumise au régime dotal en constituant tous ses biens en dot, traiterait avec un tiers à qui elle laisserait ignorer cette circonstance, pourrait être facilement considérée comme ayant commis un quasi-délit, et condamnée à des dommages-intérêts, pour le recouvrement desquels son créancier aurait action sur les biens dotaux.

[4] La dissolution du mariage et la séparation de biens ne peuvent pas plus modifier les effets du régime dotal, pour ce qui concerne les dettes dont il s'agit actuellement, que relativement à celles que la femme aurait contractées pendant le mariage. Duranton, XV, 511. Taulier, V, p. 313. Marinier, *op. cit.*, p. 290 à 292. Zachariæ, § 538, note 1. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 1767.

[5] Req. rej., 29 août 1860, Sir., 61, 1, 145.

[6] Civ. cass., 2 juillet 1866, Sir., 66, 1, 399. Civ. rej., 10 décembre 1867, Sir., 68, 1, 121.

Les dettes de la femme qui ont une date certaine antérieure au contrat de mariage, sont susceptibles d'être poursuivies sur les biens qu'elle s'est constitués, alors même qu'elles sont simplement chirographaires, et que la constitution de dot ne porte que sur des biens spécialement déterminés[7]. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, les dettes simplement chirographaires ne peuvent être poursuivies, tant que le mari conserve la jouissance des biens dotaux, que sur la nue propriété de ces biens[8].

[7] La constitution de dot, qui ne fait pas sortir du patrimoine de la femme les biens qu'elle se constitue, ne saurait les soustraire au droit de gage, auquel ils se trouvent soumis, d'après l'art. 2092, au profit de ses créanciers antérieurs. Les effets de l'inaliénabilité dont ces biens sont frappés pour l'avenir, ne peuvent remonter au delà du contrat de mariage d'où elle dérive. C'est bien à ce point de vue que s'est placé le législateur, en permettant, dans l'art. 1558, l'aliénation des biens dotaux, pour l'acquittement des dettes de la femme qui ont acquis une date certaine antérieure au contrat de mariage. Ces considérations conduisent à reconnaître que le droit de poursuite de pareilles dettes est indépendant, tant de leur nature, hypothécaire ou simplement chirographaire, que de la généralité ou de la spécialité de la constitution de la dot, circonstances qui ne peuvent avoir d'influence que sur l'étendue du droit de poursuite des créanciers à l'égard du mari, et non sur ce droit en lui-même. Troplong, IV, 3461. Marinier, *op. cit.*, p. 282 et suiv. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1558, n° 3. D'après cet auteur, qui a le tort de considérer la constitution de dot comme une aliénation, les dettes simplement chirographaires de la femme, quoique antérieures au contrat de mariage, ne pourraient être poursuivies, même sur la nue propriété seulement des immeubles dotaux.

[8] Delvincourt, III, p. 108 et 109. Tessier, I, notes 639 à 642. Duranton, XV, 512. Odier, III, 1294. Rodière et Pont, III, 1800. Troplong, IV, 3461 et 3462. Marinier, *op. cit.*, p. 289, 292 et 293. Zachariæ, § 538, texte et note 2. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 207; Sériziat, n° 167; Taulier, V, p. 312; Montpellier, 6 mars 1844, Sir., 44, 2, 11. A l'appui de cette dernière opinion, on dit que le mari n'étant autorisé à percevoir les fruits et revenus des biens dotaux, que pour les faire servir aux charges du mariage, ce droit, qui ne lui appartient qu'en qualité d'administrateur de la dot, ne constitue pas, dans ses mains, une jouissance distincte de la propriété, et susceptible de survivre à l'aliénation du fonds. Mais cette argumentation n'est rien moins qu'exacte. C'est, en effet, comme chef de l'association conjugale, c'est-à-dire en une qualité qui lui est propre, et non comme simple mandataire légal de la femme, que le mari est autorisé à jouir des biens dotaux ; et c'est, en son nom personnel, qu'il est appelé à profiter éventuellement de l'excédant des revenus de ces biens sur les besoins du ménage. Les art. 1550, 1555, 1562, 1568 et 1571 prouvent, jusqu'à l'évidence, que le législateur a considéré la jouissance du mari comme un droit assimilable, du moins dans une certaine mesure, à l'usufruit proprement dit.

Les créanciers qui ont action sur les biens dotaux, peuvent exercer leurs poursuites, suivant les formes ordinaires, sans avoir besoin d'une permission préalable du juge[9], et sans être obligés, en cas de saisie immobilière, de faire au mari, comme usufruitier, la sommation prescrite par l'art. 2169[10].

2° Des dettes contractées par la femme durant le mariage.

Les dettes contractées par la femme durant le mariage n'affectent, en général, ni le fonds, ni les revenus des immeubles dotaux[11]. Il en est ainsi, encore que le contrat de mariage ait permis l'aliénation ou même l'hypothèque de ces immeubles, sauf, dans ce dernier cas, l'effet des hypothèques valablement consenties par la femme[12].

Le paiement de pareilles dettes ne peut, même après la dissolution du mariage, être poursuivi sur les immeubles dotaux[13],

9 *Nec obstat* art. 1558, al. 1 et 4. Cet article ne s'applique qu'au cas où les époux veulent aliéner les biens dotaux, pour payer les dettes de la femme, et éviter ou arrêter ainsi les poursuites des créanciers. Duranton, XV, 512. Odier, III, 1294. Taulier, V, p. 315. Troplong, IV, 3462. Montpellier, 6 mars 1844, Sir., 45, 2, 11. Bordeaux, 29 août 1855, Sir., 56, 2, 679. Cpr. Req. rej., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 94.

10 Troplong, IV, 3463. Montpellier, 6 mars 1844, Sir., 45, 2, 11.

11 Arg. art. 1554. Cpr. § 537, texte n° 1, et note 10. Si les engagements contractés par la femme durant le mariage pouvaient, en ce qui la concerne, elle ou ses héritiers, affecter les revenus des immeubles dotaux, le but essentiel du régime dotal ne serait atteint que fort incomplétement. Aussi le principe posé au texte a-t-il été reconnu, d'une manière constante, par la jurisprudence ; et, la controverse ne s'est élevée que sur le point de savoir si, après séparation de biens ou dissolution du mariage par la mort du mari, les créanciers de la femme sont ou non autorisés à saisir la portion de revenus excédant les besoins du ménage. Cpr. texte et note 16 *infra*.

12 Cpr. sur ce point : § 537, texte n° 4, et notes 66 et 67.

13 Si les immeubles dotaux deviennent aliénables après la dissolution du mariage, ce n'est pas une raison pour en conclure, qu'ils se trouvent dès lors affectés au paiement des dettes contractées par la femme durant le mariage. Cette conclusion ne tendrait à rien moins qu'à valider l'aliénation indirecte consentie à une époque où l'aliénation directe se trouvait formellement prohibée, et à renverser ainsi toute l'économie du régime dotal. Bellot des Minières, IV, p. 94 et suiv. Benoît, II, 250. Tessier, I, p. 62. Sériziat, n° 142. Duranton, XV, 531.

ni contre la femme elle-même, ni contre ses héritiers [14]. Il ne pourrait pas même l'être sur le prix des immeubles dotaux, librement aliénés par la femme, devenue veuve, ou par ses héritiers [15].

Les revenus des immeubles dotaux ne peuvent, pas plus que la propriété de ces immeubles, être saisis après séparation de biens ou dissolution du mariage, sur la femme ou sur ses héritiers, pour le paiement des dettes contractées par celle-ci avant séparation de biens [16]. Toutefois, si la femme s'était réservé la faculté de tou-

Odier, III, 1248. Rodière et Pont, III, 1767. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 7. Labbé, *Revue critique*, 1856, IX, p. 1 et suiv. Zachariæ, § 537, texte et note 24, et § 538, texte et note 4. Riom, 2 février 1810, Sir., 14, 2, 99. Caen, 8 décembre 1828, Sir., 31, 2, 340. Paris, 12 juin 1833, Sir., 33, 2, 372. Paris, 7 mars 1851, Sir., 51, 2, 289. Douai, 27 juillet 1853, Sir., 54, 2, 181. Bordeaux, 25 mars 1865, Sir., 65, 2, 333. Civ. rej., 18 août 1869, Sir., 70, 1, 69. Voy. encore, dans ce sens, les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 111; Toullier, XIV, 333, 334 et 346; Troplong, IV, 3312; Toulouse, 21 novembre 1834, Sir., 35, 2, 462.

14 On a voulu soutenir que, quand même on reconnaîtrait à la femme, la faculté de soustraire ses immeubles dotaux aux engagements par elle contractés durant le mariage, ses héritiers ne devraient cependant pas jouir du même avantage. Voy. en ce sens : Paris, 13 mars 1821, Sir., 22, 2, 342; Paris, 6 décembre 1825, Sir., 27, 1, 379; Toulouse, 29 novembre 1834, Sir., 35, 2, 462; Caen, 10 janvier 1842, Sir., 42, 2, 209. Voy. aussi : Troplong, IV, 3313. Mais, c'est avec raison que cette opinion a été rejetée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence, puisque l'inaliénabilité des immeubles dotaux est, ainsi que le prouve l'art. 1560, tout aussi bien établie dans l'intérêt des héritiers de la femme, que dans celui de cette dernière. Benoît, Sériziat, Marcadé, et Labbé, *locc. citt.* Zachariæ, § 538, texte et note 4. Paris, 19 mars 1823, Sir., 25, 2, 323. Caen, 8 décembre 1828, Sir., 31, 2, 340. Paris, 12 juin 1833, Sir., 33, 2, 372. Caen, 24 décembre 1839, Sir., 40, 2, 132. Civ. cass., 16 décembre 1846, Sir., 47, 1, 194. Civ. cass., 30 août 1847, Sir., 47, 1, 740. Paris, 7 mars 1851, Sir., 51, 2, 289. Paris, 16 janvier 1858, Sir., 58, 2, 502. Bordeaux, 23 mars 1865, Sir., 65, 2, 334.

15 On ne comprendrait pas que des engagements non susceptibles d'être exécutés sur l'immeuble dotal lui-même, pussent cependant l'être sur le prix de cet immeuble, prix qui, au point de vue de l'effet de ces engagements, représente évidemment l'immeuble. Douai, 27 juillet 1853, Sir., 54, 2, 181. — Voy. pour le cas où l'immeuble dotal a été aliéné par un légataire universel : Paris, 9 juin 1856, Sir., 56, 2, 330.

16 Il est généralement reconnu que les revenus des immeubles dotaux ne peuvent pas, même après séparation de biens ou dissolution du mariage, être saisis en totalité pour le paiement des dettes contractées par la femme avant

cher, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus dotaux, cette partie serait saisissable, même durant le mariage, dans la mesure de ce qui ne serait pas indispensable aux besoins du ménage[17].

Il n'y a pas à distinguer, pour l'application de ces différentes propositions, entre les dettes contractées par la femme conjointe-

séparation de biens. Toulouse, 15 janvier 1824, Sir., 24, 2, 241. Civ. cass., 26 août 1828, Sir., 29, 1, 30. Req. rej., 11 janvier 1831, Sir., 31, 1, 3. Req. rej., 8 mars 1832, Sir., 32, 1, 333. Civ. cass., 1er décembre 1834, Sir., 35, 1, 925. Civ. cass., 24 août 1836, Sir., 36, 1, 913. Bordeaux, 10 avril 1845, Sir., 47, 2, 166. Rouen, 29 avril 1845, Sir., 47, 2, 164. Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. Mais une vive controverse s'est élevée sur la question de savoir, si ces revenus ne sont pas du moins susceptibles d'être saisis, dans les circonstances et pour les causes indiquées au texte, jusqu'à concurrence de la portion excédant les besoins du ménage. Voy. pour la négative : Rodière et Pont, III, 1765; Agen, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 557; Caen, 26 mars et 22 décembre 1845, Paris, 28 août 1846, Lyon, 17 décembre 1846, Sir., 47, 2, 161 à 164; Civ. cass., 4 novembre 1846, Sir., 47, 1, 201; Req. rej., 12 août 1847, Sir., 48, 1, 56; Caen, 19 décembre 1847, Sir., 48, 2, 592; Douai, 27 juillet 1853, Sir., 54, 2, 181; Civ. cass., 28 juin 1859, Sir., 59, 1, 666; Paris, 5 août 1859, Sir., 60, 2, 23; Chamb. réun. cass., 7 juin 1864, Sir., 64, 1, 201; Agen, 1er février 1870, Sir., 70, 2, 311. Voy. pour l'affirmative : Troplong, IV, 3302 à 3309; Marcadé, sur l'art. 1554, n° 4; Tessier, *Questions sur la dot*, n° 145; Rouen, 6 mai 1828, Sir., 29, 2, 46; Paris, 14 février 1832, Sir., 32, 2, 296; Bordeaux, 21 août 1835, Sir., 36, 2, 49; Paris, 7 mars 1851, Sir., 51, 2, 289; Paris, 15 juillet 1856, Sir., 57, 2, 433. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, que l'excédant des revenus sur les besoins du ménage, disponible entre les mains du mari, tant qu'il conserve la jouissance de ces revenus, devient également disponible entre celles de la femme, après séparation de biens ou dissolution du mariage, et que dès lors rien ne s'oppose à ce que cette dernière puisse, même durant le mariage et avant séparation de biens, engager cet excédant. Cette argumentation, toute spécieuse qu'elle soit au point de vue du Droit commun, porte à faux à notre avis, en ce qu'elle ne tient aucun compte des règles spéciales du régime dotal, dont l'objet essentiel est de faire retrouver à la femme, sa dot franche et libre de tous engagements antérieurs, au moment de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage. L'argumentation que nous combattons conduirait d'ailleurs à cette conséquence, qu'au cas de dissolution du mariage par la mort de la femme, l'intégralité des revenus deviendrait, par suite de la cessation du ménage, saisissable entre les mains de ses héritiers. Or, une telle conséquence est évidemment inadmissible. Cpr. § 539, texte et note 20.

[17] Bordeaux, 10 avril 1847, Sir., 47, 2, 166. Civ. rej., 13 janvier 1851, Sir., 51, 1, 109. Req. rej., 17 mars 1856, Sir., 56, 1, 515.

ment ou solidairement avec son mari, et celles qu'elles a contractées seule avec la simple autorisation de ce dernier. Il est seulement à remarquer, qu'à la différence des dettes auxquelles le mari se trouve personnellement obligé, celles qu'il a simplement autorisées ne sont pas, durant sa jouissance, susceptibles d'être poursuivies sur la portion des revenus excédant les besoins de la famille, à moins cependant qu'il ne s'agisse de dettes qui aient tourné au profit du mari ou du ménage[18].

Si les immeubles dotaux avaient été saisis, sur la femme, pour des dettes par elle contractées durant le mariage, elle serait en droit, quoique non séparée de biens, d'opposer la nullité de la saisie ; et elle devrait le faire, sous peine de déchéance de toute action ultérieure en revendication contre les tiers adjudicataires de ces immeubles[19]. Mais elle peut encore, même après la vente des biens saisis, et tant que le prix n'en a pas été payé, demander que ce prix lui soit attribué, comme provenant de biens dotaux non affectés à l'exécution des obligations par elle contractées[20]. Que si des immeubles, pour partie dotaux, et pour partie paraphernaux, avaient

[18] En dehors de ces circonstances, la simple autorisation que le mari a donnée à l'engagement contracté par la femme, ne peut être considérée comme emportant, de sa part, renonciation au droit de jouissance qui lui compète sur les biens dotaux. On ne saurait appliquer au régime dotal, les règles admises en matière de communauté. Cpr. Troplong, IV, 3300; Nîmes, 26 février 1851, Sir., 51, 2, 413.

[19] La Cour de cassation a dit, avec raison, que la déchéance prononcée par l'art. 728 du Code de procédure, repose sur des motifs d'ordre public, qui repoussent toute distinction tirée de la nature de la nullité dont se trouve entachée la saisie, et devant lesquels doit s'effacer la règle de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Aussi, malgré quelques arrêts contraires, la jurisprudence tend-elle à se prononcer dans ce sens. Amiens, 6 mars 1847, Sir., 50, 2, 136. Caen, 14 mai 1849, Sir., 50, 2, 135. Req. rej., 30 avril 1850, Sir., 50, 1, 497. Lyon, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 774. Caen, 9 décembre 1850, Sir., 51, 2, 54. Toulouse, 14 août 1852, Sir., 53, 2, 153. Riom, 14 décembre 1852, Sir., 53, 2, 247. Limoges, 29 juin 1853, Sir., 53, 2, 646. Civ. rej., 20 août 1861, Sir., 62, 1, 17. Req. rej., 13 janvier 1862, Sir., 62, 1, 179. Grenoble, 11 août 1862, Sir., 63, 2, 12. Req. rej., 21 janvier 1867, Sir., 67, 1, 400. Req. rej., 9 mars 1870, Sir., 70, 1, 285. Voy. en sens contraire : Devilleneuve, *Observations*, Sir., 49, 2, 305, à la note, et 50, 1, 497, à la note; Pau, 16 juin 1849, Sir., 50, 2, 129; Agen, 15 décembre 1851, Sir., 52, 2, 365; Poitiers, 20 juillet 1852, Sir., 52, 2, 619.

[20] Req. rej., 21 janvier 1856, Sir., 56, 1, 329.

été saisis en totalité, la femme serait autorisée à demander la distraction d'une portion en nature, représentative de la partie dotale de ces immeubles [21].

Les principes qui viennent d'être exposés s'appliquent, dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, tel qu'il a été développé au § 537 *bis*, au fonds et aux revenus du mobilier dotal. En d'autres termes, les créanciers envers lesquels la femme s'est engagée durant le mariage, ne peuvent, même après sa dissolution, saisir, soit le capital, soit les intérêts de la dot mobilière, ni même retenir ce capital ou ces intérêts, par voie de compensation, ou de toute autre manière [22].

Il en est ainsi, alors même que, par suite d'actes ou d'opérations quelconques, par exemple d'acquisitions faites par la femme pendant le mariage, ou de dations en paiement effectuées, soit par le constituant, soit par le mari lui-même, après séparation de biens ou dissolution de mariage, la dot mobilière se trouve représentée, en tout ou en partie, par des créances ou des immeubles non frappés de dotalité. En pareil cas, les créanciers de la femme ne pourraient saisir ces créances ou ces immeubles qu'à charge d'en faire ressortir la partie de la dot mobilière qu'ils représentent; et, si ces objets venaient à être volontairement aliénés, la femme serait autorisée à prélever, sur le prix en provenant, cette partie de sa dot, au détriment même des créanciers auxquels elle aurait conféré hypothèque durant le mariage [23].

L'application de la règle que les dettes contractées par la femme durant le mariage n'affectent, ni le fonds, ni les revenus des im-

21 Rouen, 8 août 1850, Sir., 51, 2, 704.

22 Zachariæ, § 537, texte et notes 57 et 58; § 538, texte et note 5. Civ. rej., 1er février 1819, Sir., 19, 1, 146. Paris, 26 août 1820, Sir., 21, 2, 84. Montpellier, 1er février 1828, Sir., 28, 2, 194. Paris, 30 juin 1834, Sir., 34, 2, 473.

23 Cpr. § 534, texte n° 4, lett. *d*, et § 539, texte n° 3, note 17. Tessier, p. 248, note 41. Devilleneuve, *Observations*, Sir., 58, 1, 257, à la note. Req. rej., 31 janvier 1842, Sir., 42, 1, 110. Civ. cass., 1er décembre 1857, Sir., 58, 1, 257. Civ. cass., 11 mai 1859, Sir., 59, 1, 481. Caen, 27 décembre 1860, et 18 mars 1861, Sir., 61, 2, 284. Caen, 6 juillet 1866, Sir., 67, 2, 317. Grenoble, 4 mars 1868, Sir., 68, 2, 207. Voy. dans le même sens, les arrêts cités à la note 17 du § 539. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1553, n° 4; Troplong, IV, 3189 à 3193. Cpr. Bertauld, *Questions*, p. 500 et suiv., nos 629 à 635.

meubles ou des meubles dotaux, est, en général, indépendante de l'origine ou de la nature de la dette.

Ainsi, cette règle s'applique aux dommages-intérêts dûs par suite de l'inexécution d'une obligation préexistante, et spécialement à la différence de prix dont la femme serait tenue, en cas de folle-enchère poursuivie contre elle, en vertu de l'art. 710 du Code de procédure civile [24].

Elle s'applique de même aux dépens auxquels la femme a été condamnée dans une instance engagée avec un tiers, même au sujet de biens dotaux, à moins toutefois qu'elle n'y ait été condamnée à titre de dommages-intérêts, comme ayant agi de mauvaise foi et avec malveillance [25]. Il n'y a pas, à cet égard, de distinction à faire entre les instances dans lesquelles la présence de la femme était inutile, et celles où elle était partie nécessaire [26].

Quant aux frais dûs à l'avoué qui a occupé pour la femme, et aux honoraires de plaidoirie dont il aurait fait l'avance, ils peuvent, à défaut de paraphernaux, être poursuivis sur les biens dotaux, lorsque la femme était partie nécessaire dans l'instance, et que le procès a eu pour objet et pour résultat la conservation de la dot [27].

24 Agen, 17 décembre 1847, Sir., 48, 2, 96. Req. rej., 21 août 1848, Sir., 48, 1, 542. Civ. cass., 15 juin 1864, Sir., 64, 1, 363. Cpr. cep. Agen, 6 février 1865, Sir., 65, 2, 240.

25 Le fait d'avoir engagé ou soutenu un procès dans lequel on succombe, ne saurait, en l'absence de toute malveillance ou mauvaise foi, être assimilé à un délit ou à un quasi-délit. Tessier, n° 541. Troplong, IV, 3327 et 3334. Agen, 26 janvier 1833, Sir., 33, 2, 159. Req. rej., 28 février 1834, Sir., 34, 1, 208. Rouen, 12 mars 1839, Sir., 39, 2, 351. Agen, 6 décembre 1847, Sir., 48, 2, 241. Civ. cass., 19 mai 1849, Sir., 49, 1, 365. Grenoble, 15 décembre 1864, Sir., 65, 2, 278. Voy. en sens contraire : Benoît, I, 190; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1779 et 1780; Duranton, XV, 534.

26 Cette circonstance ne peut avoir d'importance qu'en ce qui concerne les frais dus à l'avoué qui a occupé pour la femme. Voy. cep. Rodière et Pont, III, 1825 et 1826.

27 La doctrine et la jurisprudence sont loin d'être fixées sur la question de savoir si l'avoué, qui a occupé pour une femme mariée sous le régime dotal, dans une instance dont l'issue devait influer sur le sort de la dot, peut poursuivre les biens dotaux pour le paiement de ce qui lui est dû. A notre avis, cette question doit, en principe, être résolue négativement. Les engagements résultant de conventions relatives aux biens dotaux, mais passées, pendant le mariage, sans permission préalable de la justice, n'affectent pas ces biens, alors même qu'ils

C'est ainsi que l'avoué qui a représenté la femme dans une instance en séparation de biens, peut, si la demande a été accueillie poursuivre, sur les biens dotaux, le paiement de ce qui lui est dû[28]. Mais il n'en serait plus de même des frais dûs à l'avoué qui a occupé pour la femme dans une instance en séparation de corps introduite par elle[29].

La circonstance qu'une dette aurait été contractée pour l'une des causes mentionnées en l'art. 1558, et que les fonds remis aux époux auraient réellement servi à cette destination, ne suffirait pas,

profitent à la dot (cpr. note 30 *infra*; § 537, texte n° 6, et note 126). L'application rigoureuse de ce principe conduirait à refuser à l'avoué toute action sur les biens dotaux, même dans les circonstances indiquées au texte. Toutefois, comme la justice ne saurait être appelée à apprécier la nécessité et l'opportunité d'un procès à commencer ou à soutenir par la femme, et ne pourrait permettre à celle-ci d'engager ses biens dotaux pour faire face aux frais de l'instance, il paraît équitable d'accorder à l'avoué qui aura prêté son ministère à la femme, dans une instance où sa présence était nécessaire, et qui aura abouti à la conservation de la dot, une action subsidiaire sur les biens dotaux. Cette action aura pour base une *versio in rem* qu'il eût été impossible de faire constater ou apprécier d'avance par le tribunal. Que si la femme avait succombé, dans son procès, il ne resterait plus aucun principe d'action sur les biens dotaux, pour l'avoué, qui aurait d'ailleurs à s'imputer de n'avoir pas exigé de provision. Voy. cep. en sens contraire sur ce dernier point : Req. rej., 8 avril 1862, Sir., 62. 1, 1045.

28 Rodière et Pont, III, 1825. Troplong, IV, 3334. Dutruc, *De la séparation de biens*, n° 142. Toulouse, 30 mars 1833, Sir., 33, 2, 484. Riom, 29 avril 1845, Sir., 45, 2, 506. Grenoble, 14 mars 1860, Sir., 60, 2, 497. Req. rej., 17 décembre 1862, Sir., 64, 1, 80. Civ. rej., 5 février 1868, Sir., 68, 1, 173, Cpr. Zachariæ, § 537, texte et note 4.

29 La demande en séparation de corps formée par la femme, n'a pas pour objet direct la conservation de la dot : quoique la séparation de corps entraîne la séparation de biens, la demande tendante à la faire prononcer n'implique pas, de sa nature, une demande en séparation de biens, laquelle suppose que la dot est en péril par suite du désordre des affaires du mari. Voy. cep. Rodière et Pont, III, 1825. Ces auteurs admettent l'action de l'avoué sur les biens dotaux, lorsque la séparation de corps a été prononcée à la demande de la femme. Plusieurs cours d'appel ont même autorisé les poursuites sur les biens dotaux dans des espèces où la demande en séparation de corps, formée par la femme, avait été rejetée. Voy. Montpellier, 9 novembre 1858, Sir., 59, 2, 145; Nîmes, 18 avril 1860, Sir., 61, 2, 79. Mais cette solution a été condamnée par la Cour suprême : Civ. cass., 5 juillet 1865, Sir., 65, 1, 140. Cpr. aussi : Civ. cass., 11 juillet 1837, Sir., 37, 1, 576.

pour faire fléchir la règle posée en tête de ce numéro, si la femme n'avait, au préalable, obtenu de la justice la permission de s'engager[30].

La règle dont s'agit, n'est d'ailleurs pas restreinte aux engagements dérivant de contrats : elle s'étend aux obligations nées, pendant le mariage, de faits constitutifs de quasi-contrats, peu importe que ces faits émanent de la femme elle-même ou d'un tiers[31].

Mais, par exception à la règle dont s'agit, les obligations résultant de délits ou de quasi-délits commis par la femme, peuvent être poursuivies, durant le mariage, sur la nue propriété des biens dotaux. Après la cessation de la jouissance du mari par suite de séparation de biens ou de dissolution du mariage, ils sont même susceptibles de l'être sur la pleine propriété de ces biens[32].

30 Arg. art. 1558, al. 1. Il ne faut pas que les époux puissent, sous le prétexte de nécessités plus ou moins urgentes, se soustraire au contrôle que les tribunaux sont appelés à exercer en cette matière. C'est ce que la Cour de cassation (Civ. cass., 13 mars 1867, Sir., 67, 1, 256) a formellement décidé dans une espèce où il s'agissait d'une créance provenant de fournitures alimentaires faites à la famille ; et cette décision doit s'appliquer aux autres hypothèses prévues par l'art. 1558. Cpr. § 537, texte n° 6, et note 126. Voy. cep. Req. rej., 26 juin 1867, Sir., 67, 1, 290. Cet arrêt admet que, dans le cas où, après séparation de biens, il a été fait des fournitures ou travaux nécessaires à la conservation des biens dotaux, les tribunaux peuvent, en condamnant la femme au paiement de ces travaux ou fournitures, autoriser le créancier, à défaut d'autres ressources, à poursuivre l'exécution de la condamnation sur les objets dotaux ainsi conservés.

31 La femme ne peut pas plus s'engager sur ses biens dotaux par un fait constituant un quasi-contrat, qu'elle ne le peut par contrat. Voy. cep. en sens contraire : Taulier, V, p. 276 et 277. D'un autre côté, elle ne saurait se trouver obligée sur ses biens dotaux par le fait d'un tiers, puisqu'il ne s'agit plus ici d'une simple incapacité personnelle, mais d'une impossibilité réelle qui découle de l'inaliénabilité de ces biens. Cette dernière proposition ne serait susceptible de difficulté que dans le cas où la gestion, entreprise par un tiers, aurait eu pour objet les biens dotaux. Mais, dans ce cas-là même, il faut s'en tenir au principe que les biens dotaux ne peuvent être engagés dans l'intérêt de la dot, qu'avec l'autorisation préalable de la justice. Art. 1558, al. 4. Tessier, I, 466 et suiv. Troplong, IV, 3332. Zachariæ, § 537, note 23. Voy. cep. Sériziat, n° 132.

32 L'exception indiquée au texte est fondée sur un intérêt supérieur d'ordre public, devant lequel doit fléchir la règle de l'inaliénabilité de la dot. Aussi était-elle généralement admise dans notre ancien Droit. Après quelques oscillations

D'un autre côté, le paiement de la contribution foncière, due pour des immeubles dotaux, et l'exécution des obligations légales imposées à la femme comme propriétaire de pareils immeubles, peuvent être poursuivis sur la pleine propriété de ces biens [33].

Il est d'ailleurs bien entendu, d'une part, que les dettes contractées par la femme avec autorisation de justice, dans l'un des cas prévus par les art. 1555, 1556 et 1558, sont susceptibles d'être poursuivies sur les biens dotaux [34], et, d'autre part, que les dettes grevant une succession échue à la femme, peuvent être poursuivies sur la pleine propriété de tous les biens qui en dépendent, encore qu'elle n'ait accepté cette succession qu'avec la simple autorisation de justice, et qu'elle se soit constitué en dot tous ses biens présents et à venir [35]. Mais, dans le cas même d'une pareille constitu-

la doctrine et la jurisprudence l'ont définitivement consacrée. Bellot des Minières, IV, 93. Benoît, II, 255. Sirey, *Dissertation*, Sir., 25, 2, 162. Toullier, XIV, 347. Duranton, XV, 533. Sériziat, n° 132. Rodière et Pont, III, 1822 et 1823. Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, 172. Troplong, IV, 3297 et 3320 à 3326. Marcadé, sur l'art. 1556, n° 2. Rouen, 12 janvier 1822, Sir., 25, 2, 163. Nîmes, 28 août 1827, Sir., 28, 2, 201. Limoges, 17 juin 1835, Sir., 36, 2, 61. Caen, 14 mai et 17 août 1839, Sir., 39, 2, 349, et 40, 2, 12. Riom, 11 février 1845, Sir., 46, 2, 69. Civ. cass. et Civ. rej., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 513 et 515. Civ., rej., 7 décembre 1846, Sir., 47, 1, 816. Nîmes, 27 avril 1847, Sir., 47, 2, 639. Agen, 6 décembre 1847, Sir., 48, 2, 241. Req. rej., 23 juillet 1851, Sir., 51, 1, 576. Req. rej., 23 novembre 1852, Sir., 52, 1, 769 et 778. Pau, 3 mars 1853, et Rouen, 31 mai 1853, Sir., 56, 2, 428 et 430. Montpellier, 2 mai 1854, Sir., 54, 2, 687. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 353. Req. rej., 24 décembre 1860, Sir., 61, 1, 983. Agen, 6 février 1865, Sir., 65, 2, 240. Req. rej., 29 juillet 1869, Sir., 70, 1, 11. Voy. en sens contraire : Tessier, I, p. 454; Odier, III, 1251; Agen, 25 décembre 1833, Sir., 33, 2, 159; Montpellier, 4 février 1842, Sir., 42, 2, 253. Cpr. aussi les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1834, Sir., 34, 1, 208; Zachariæ, § 537, note 23. Cet auteur n'admet l'exception que pour les délits, et non pour les quasi-délits.

[33] Limoges, 28 mai 1863, Sir., 63, 2, 140.

[34] Voy. à cet égard les développements donnés au § 537, texte n° 6.

[35] Le droit de gage qui compète aux créanciers du défunt sur les biens héréditaires, et pour la conservation complète duquel ils sont même autorisés à demander la séparation des patrimoines, ne peut recevoir aucune atteinte du régime matrimonial, quel qu'il soit, sous lequel la femme est mariée. Nîmes, 6 mai 1861, Sir., 61, 2, 369. Cpr. § 537, texte n° 6, et note 124.

tion, la poursuite ne pourrait porter sur d'autres biens que sur ceux qui font partie de l'hérédité [36].

Du reste, les dettes qui, contractées durant le mariage, lieraient la femme sous tout autre régime, la lient également sous le régime dotal : elles sont susceptibles d'être poursuivies sur la pleine propriété de ses biens paraphernaux ; et ses héritiers en sont tenus sur leurs biens personnels, lorqu'ils ont accepté sa succession purement et simplement [37].

Lorsque les biens de la femme ou certains de ses biens ne sont dotaux que pour une part aliquote, et paraphernaux pour le surplus, et que la division ou séparation en est possible dans la proportion de ces parts, les créanciers envers lesquels elle s'est engagée pendant le mariage, sont admis à provoquer cette division, pour frapper de saisie la part paraphernale [38]; que si la division était impossible, les créanciers seraient autorisés, ce semble, à saisir et à mettre en vente la totalité des biens dont il s'agit, sauf emploi dans l'intérêt de la femme de la portion du prix afférente à la part dotale [39].

[36] Civ. cass., 3 janvier 1825, Sir., 25, 1, 160. Agen, 26 janvier 1833, Sir., 33, 2, 159. Req. rej., 28 février 1834, Sir., 34, 1, 208. Toulouse, 17 mars 1851, Sir., 51, 2, 411. — Il en serait ainsi dans le cas même où, s'agissant d'une succession mobilière, il n'aurait été dressé aucun inventaire. L'absence d'inventaire, qui, d'ailleurs, est plutôt imputable au mari qu'à la femme, ne peut être considérée comme constituant un quasi-délit. Sériziat, n° 131. Voy. aussi les trois premiers arrêts cités en tête de la note.

[37] Benoît, I, 194. Duranton, XV, 511. Demolombe, *Revue de législation*, 1835, II, p. 282 à 288. Bertauld, *Revue critique*, 1866, XXIX, p. 207 à 210. Zachariæ, § 541. Civ. cass., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 737. Toulouse, 26 mai 1843, Sir., 47, 1, 174. Riom, 18 juillet 1853, Sir., 54, 2, 692. Civ. cass., 14 novembre 1855, Sir., 56, 1, 455. Paris, 16 janvier 1858, Sir., 58, 2, 502.

[38] Riom, 5 février 1834, Pal., 1842, 2, 123. Rouen, 8 août 1852, Sir., 51, 2, 704.

[39] Pau, 12 août 1868, Sir., 68, 2, 299. Cette question, nous le reconnaissons, est délicate ; mais la solution que la Cour de Pau lui a donnée, en invoquant l'analogie des alinéas 6 et 7 de l'art. 1558, nous paraît commandée par la force des choses. Il ne faut pas que le droit de poursuite des créanciers sur des objets qui forment leur gage, puisse être indéfiniment paralysé. Dans le système contraire à notre opinion, on ne voit pas comment les créanciers exerceraient leurs poursuites, même seulement sur les fruits ou revenus de la portion paraphernale, si la femme occupait ou exploitait les biens dont il s'agit avec le mari, ou seule, après le décès de celui-ci ? La justice ordonnerait-elle la mise en séquestre de ces biens ?

§ 539.

Des effets de la séparation de biens sous le régime dotal.

A la différence de la dissolution du mariage, qui fait cesser pour l'avenir les effets de la dotalité, et qui rend à la femme la libre disposition de ses biens dotaux, la séparation, tout en déplaçant l'administration et la jouissance de ces biens, en laisse subsister l'inaliénabilité, ainsi que la destination à laquelle ils sont affectés.

Pour le développement complet et méthodique de la matière qui forme l'objet de ce paragraphe, il convient d'examiner successivement : quelle est, après séparation, la condition des biens de la femme en eux-mêmes; quelle est la position personnelle de celle-ci en tant que reprenant l'administration et la jouissance des biens dotaux ; quels sont enfin les effets de ses engagements par rapport à ces biens.

1° La distinction des biens de la femme en dotaux et paraphernaux continue de subsister, dans son intégrité, après séparation de biens ; et les règles suivant lesquelles se détermine la consistance de la dot, ne subissent, par l'effet de cette séparation, aucune modification.

Il suit de là, que les biens advenus à titre gratuit, postérieurement à la séparation de biens, à une femme qui s'est constitué en dot tous ses biens à venir, sont dotaux, tout comme s'ils lui étaient échus avant cette séparation [1].

Il en résulte, à l'inverse, que les biens cédés, en paiement de deniers dotaux, à la femme séparée de biens, et notamment ceux que lui abandonne son mari pour la couvrir de ses reprises, ne sont point dotaux [2].

[1] La séparation, qui laisse subsister la dotalité des biens antérieurement acquis, quoique la femme en reprenne l'administration et la jouissance, ne doit pas davantage former obstacle à ce que les biens acquis postérieurement revêtent le caractère dotal.

[2] Art. 1553. Cpr. § 534, texte n° 4. Tessier, I, p. 246, note 410. Duranton, XV, 436. Odier, III, 1200. Troplong, IV, 3183 à 3188. Marcadé, sur l'art. 1553, n° 4. Req. rej., 25 février 1817, Sir., 18, 1, 9. Bordeaux, 5 février 1829, Sir.,

Les immeubles dotaux sont, après séparation de biens, tout aussi inaliénables qu'ils l'étaient auparavant[3]. En d'autres termes, ils ne peuvent être aliénés ou hypothéqués, que pour les causes et sous les conditions indiquées dans les dispositions exceptionnelles des art. 1555 à 1559.

Si l'aliénation n'en a été permise que sous condition de remploi, le défaut d'accomplissement de cette condition rend la vente nulle[4].

La femme, même séparée de biens, ne peut, avant la dissolution du mariage, confirmer ou ratifier l'aliénation des immeubles dotaux faite en contravention à l'art. 1554[5]. Si elle avait fait comprendre dans la liquidation de ses reprises le prix d'aliénation de ces immeubles, elle pourrait bien demander, pour le montant de ce prix, une collocation provisoire dans les ordres ouverts sur son

29, 2, 188. Poitiers, 5 juillet 1839, Sir., 39, 2, 546. Riom, 8 août 1843, Sir., 44, 2, 590. Montpellier, 21 février 1851 et 18 février 1853, Sir., 53, 2, 678 et 684. Bordeaux, 14 mai 1857, Sir., 57, 2, 547. Civ. cass., 12 avril 1870, Sir., 70, 1, 185. Cpr. Req. rej., 31 janvier 1842, Sir., 42, 1, 110. Voy. en sens contraire : Sériziat, n° 127; Rodière et Pont, III, 2197; Montpellier, 17 novembre 1830, Sir., 31, 2, 298; Rouen, 18 novembre 1846, Sir., 47, 2, 423. — Cpr. cep. Rouen, 26 juin 1824, Sir., 25, 2, 19; Grenoble, 1er juillet 1846, Sir., 47, 2, 280; texte n° 3, et note 17 *infra*.

[3] Art. 1554. Arg. des mots : «ne peuvent être aliénés ou hypothéqués *pendant le mariage*.» *Non obstat* art. 1561, al. 2. Tout immeuble aliénable est sans doute prescriptible; mais on ne peut pas dire à l'inverse, que toute chose prescriptible soit par cela même aliénable. Cpr. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 260, n° 17). Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 11, n° 3, *in fine*. Tessier, I, p. 301, note 502. Grenier, *Des hypothèques*, I, 35. Benoît, I, 319. Duranton, XV, 519 et 520. Valette, *Revue étrangère*, 1840, VII, p. 242, note 1. Sériziat, n° 133. Odier, III, 1263 et 1368. Rodière et Pont, III, 1770 et 2196. Troplong, IV, 3598. Marcadé, sur l'art. 1554, n° 5. Zachariæ, § 537, note 1, et § 539, texte *in fine*. Aix, 18 février 1813, Sir., 13, 2, 275. Req. rej., 19 août 1819, Sir., 20, 1, 19. Voy. encore dans ce sens, les autorités citées aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 114; Toullier, XIV, 253; Nîmes, 23 avril 1812, Sir., 13, 2, 209.

[4] Cpr. § 537, texte n° 4, et notes 71 à 94. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 136. Troplong, II, 1427. Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., 27, 1, 14. Montpellier, 7 novembre 1830, Sir., 31, 2, 298. Cpr. Req. rej., 9 janvier 1828, Sir., 28, 1, 127.

[5] Cpr. § 537, texte n° 2, notes 36 et 37. Tessier, II, note 727. Odier, III, 1358. Troplong, IV, 3565.

mari ; mais elle ne serait pas autorisée à exiger, avant la dissolution du mariage, le paiement de cette collocation, dont la réception n'emporterait pas renonciation à son action en nullité[6], ni moins encore à poursuivre, avant cette époque, les tiers détenteurs des immeubles frappés de son hypothèque légale[7].

La dot mobilière reste inaliénable entre les mains de la femme[8], qui ne peut, même après séparation de biens, renoncer à ses reprises dotales, ni en compromettre par des cessions, transactions, ou autres actes, le remboursement intégral[9].

Les revenus des biens dotaux sont, entre les mains de la femme séparée de biens, frappés d'indisponibilité, dans la même mesure qu'ils l'étaient entre les mains du mari. C'est ainsi que la femme ne peut céder les revenus à échoir de ses biens dotaux, que jusqu'à concurrence de l'excédant sur les besoins du ménage[10].

Par exception à la règle que la séparation de biens ne modifie pas la dotalité et les effets qui s'y trouvent attachés, les immeubles dotaux, d'imprescriptibles qu'ils étaient avant la séparation, deviennent prescriptibles après qu'elle a été prononcée. Art. 1561, al. 2[11].

2° La femme reprend, en vertu de la séparation, la jouissance et la libre administration de ses biens dotaux. Art. 1449, al. 1.

6 Cpr. cep. Req. rej., 3 décembre 1861, Sir., 62, 1, 405.

7 Rodière et Pont, III, 1874. Benech, *op. cit.*, n° 111. Nîmes, 29 août 1826, Sir., 28, 2, 47. Riom, 6 décembre 1848, Sir., 49, 2, 147.

8 *Nec obstat* art. 1449, al. 2. Pour écarter l'objection tirée de cette disposition, qui permet à la femme séparée d'aliéner son mobilier, on se contente ordinairement de dire que l'art. 1449 est inapplicable au régime dotal. Mais le contraire nous paraît résulter de l'art. 1563, qui renvoie, pour tout ce qui concerne la séparation de biens sous ce régime, aux art. 1443 et suiv. A notre avis, la véritable raison par laquelle se justifie la proposition énoncée au texte, est que l'art. 1449, al. 2, ne statue que sur une question de capacité personnelle, et laisse entières les règles d'indisponibilité réelle fondées sur l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cpr. texte n° 2, et note 14 *infra*.

9 Zachariæ, § 539, texte *in fine*. Civ. rej., 19 novembre 1833, Sir., 34, 1, 200. Civ. cass., 28 décembre 1839, Sir., 40, 1, 242. Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282. Chamb. réun. cass., 14 novembre 1846, Sir., 46, 1, 824. Req. rej., 29 juillet 1862, Sir., 63, 1, 443.

10 Cpr. § 535, texte n° 2, notes 32 à 34. Rodière et Pont, III, 1765. Troplong, II, 1441 et 1442. Rouen, 15 avril 1869, Sir., 70, 2, 149.

11 Cpr. § 537, texte n° 3, et note 57.

Son droit d'administration, qui comporte l'exercice des actions dotales, l'autorise à exiger et à recevoir le remboursement de ses reprises et de ses capitaux dotaux, sans être tenue de justifier d'un emploi [12], à moins que la condition d'emploi n'ait été stipulée dans le contrat de mariage [13]. Mais, comme la dot mobilière

[12] Cette solution, qui paraît définitivement prévaloir, a été vivement controversée. On a dit, pour la combattre, que le régime dotal resterait incomplet, si la femme pouvait, comme le mari, toucher les capitaux dotaux sans être tenue d'en faire emploi, puisque les intérêts de la famille seraient désormais destitués de toute garantie, tandis qu'ils se trouvaient protégés par l'hypothèque légale contre les dilapidations du mari. Mais cette considération, fût-elle parfaitement fondée, n'autoriserait pas à créer, pour la femme, une obligation d'emploi, qui n'aurait pas été établie par le contrat de mariage. On peut d'ailleurs y répondre, que le système de garanties organisé par le régime dotal étant principalement dirigé contre la mauvaise administration du mari, et contre l'abus qu'il pourrait faire de son ascendant sur la femme pour obtenir son concours à des actes contraires aux véritables intérêts de la famille, on s'explique parfaitement que le législateur ait considéré ces intérêts comme suffisamment protégés, après séparation de biens, par le maintien du principe de l'inaliénabilité de la dot. Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 10. Duranton, XV, 488. Sériziat, n° 129. Odier, III, 1370 à 1372. Rodière et Pont, III, 2198. Troplong, II, 1424 à 1426. Montpellier, 26 novembre 1806, Sir., 7, 2, 55. Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Caen, 4 juillet 1824, Sir., 26, 2, 25. Civ. cass., 25 janvier 1826, Sir., 26, 1, 463. Grenoble, 29 mars 1828, Sir., 28, 2, 340. Bordeaux, 19 juin 1834. Sir., 34, 2, 661. Caen, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 165. Civ. cass., 23 décembre 1839, Sir., 40, 1, 242. Nîmes, 29 juin 1840, Sir., 41, 2, 57. Req. rej., 11 avril 1842, Sir., 42, 1, 315. Paris, 25 avril 1843, Sir., 43, 2, 261. Limoges, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 342. Agen, ... décembre 1851, Sir., 52, 2, 116. Paris, 14 janvier 1856, Sir., 56, 2, 463. Caen, 7 juillet 1858, Sir., 60, 2, 618. Nîmes, 5 décembre 1859, Sir., 60, 2, 54. Civ. rej., 21 mai 1867, Sir., 68, 1, 453. Req. rej., 26 juillet 1869, Sir., 70, 1, 177. Agen, 7 mars 1870, Sir., 70, 2, 233. Voy. en sens contraire : Tessier, *De la dot*, I, note 550, et *Questions sur la dot*, n° 115 ; Benoît, I, 321 ; Bellot des Minières, IV, p. 228; Benech, *op. cit.*, n°s 137 et 138; Bordeaux, 2 août 1813, Sir., 15, 2, 106; Montpellier, 22 juin 1819, Sir., 20, 2, 310; Montpellier, 24 mai 1823, Sir., 24, 2, 318; Toulouse, 7 mai 1824, Sir., 27, 2, 55; Toulouse, 17 mai 1827, Sir., 27, 2, 204; Montpellier, 29 novembre 1831, Sir., 32, 2, 471; Limoges, 1er septembre 1834, Sir., 34, 2, 659; Limoges, 14 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625; Agen, 9 février 1849, Sir., 49, 2, 222. Cpr. Zachariæ, § 516, note 56.

[13] Benech, *op. cit.*, n° 136. Troplong, II, 1427 et 1428. Civ. cass., 29 décembre 1839, Sir., 40, 1, 242. Limoges, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 342.

est, quant à la femme elle-même, frappée d'inaliénabilité, et que la séparation de biens ne fait pas cesser cette inaliénabilité, les pouvoirs d'administration qui appartiennent à la femme séparée de biens, sont plus restreints, en ce qui concerne la dot mobilière, que ne l'étaient ceux du mari. On ne saurait, en particulier, lui reconnaître la faculté de céder des rentes perpétuelles ou viagères, ou des créances non encore exigibles, faisant partie de la dot[14].

En cas de faillite du mari, et lorsque, à défaut d'immeubles, il n'y a pas matière à l'exercice de l'hypothèque légale, la femme peut concourir au concordat pour le montant de ses reprises, en ce sens, que les créanciers dissidents ne sont pas admis à s'opposer à l'homologation du concordat sous le prétexte que, mariée sous le régime dotal, elle n'avait pas la capacité voulue pour participer à la délibération[15]. Mais, malgré son concours au concordat et

14 Tessier, *De la dot*, I, p. 347, note 548; *Questions sur la dot*, n° 114. Nous avions, dans nos précédentes éditions, adopté la solution contraire, en partant de l'idée que la femme, substituée, par la séparation de biens, à l'administration du mari, se trouvait par cela même investie, dans toute leur étendue, des pouvoirs dont il jouissait. Mais cette supposition n'est pas exacte. Sous le régime dotal, le mari dispose en maître de la dot mobilière, sous sa responsabilité personnelle et hypothécaire, tandis que la femme qui, par l'effet de la séparation de biens, prend l'administration de ses biens dotaux, se trouve soumise, même pour sa dot mobilière, à la règle de l'inaliénabilité; et, ainsi que nous l'avons fait remarquer à la note 8 *supra*, il s'agit biens moins ici, d'une question de capacité personnelle à résoudre d'après la disposition de l'art. 1449, que d'une question d'indisponibilité réelle. Si l'on doit admettre que la séparation de biens, en attribuant à la femme l'exercice des actions dotales, lui confère le pouvoir d'exiger et de recevoir le remboursement de ses capitaux dotaux, sans qu'on puisse exiger d'elle, soit une caution, soit la justification d'un emploi, lorsque le mari n'eût pas été soumis à cette obligation, ce n'est pas une raison pour reconnaître à la femme, contrairement à la règle de l'inaliénabilité de la dot mobilière, le pouvoir de céder des rentes, ou des créances dotales non encore exigibles, comme elle pourrait le faire sous le régime de la communauté, ou s'il s'agissait de biens paraphernaux. Cpr. dans le sens de ces observations, les considérants de l'arrêt de rejet de la chambre civile du 11 novembre 1867, Sir., 68, 1, 17. Cpr. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 2196.

15 Pour apprécier la capacité de la femme, il faut prendre la situation telle qu'elle se présente, sans se préoccuper de simples éventualités qui pourraient la modifier. Seulement doit-on admettre que, par cela même que la femme a concouru au concordat, elle ne pourra exercer, au préjudice des créanciers de la faillite qui n'auraient pas obtenu le paiement du dividende promis, son hypothèque légale sur les biens advenus depuis au mari. Civ. rej., 11 novembre 1867, Sir., 68, 1, 17.

l'acceptation du dividente proposé par le mari, la femme conserve, contre ce dernier et ses nouveaux créanciers, sur les biens qui lui adviendraient ultérieurement, tous ses droits, et toutes ses actions, personnelles ou hypothécaires, pour le recouvrement intégral de la dot[16].

Du reste, la capacité personnelle de la femme séparée de biens est régie, sous le régime dotal, par les mêmes règles que sous celui de communauté. C'est d'après ces règles, telles qu'elles ont été développées au § 516, que doit se résoudre la question de savoir quels sont les actes que la femme peut faire sans autorisation, et quels sont ceux, au contraire, pour lesquels elle a besoin d'être autorisée par son mari ou par justice.

3° La séparation de biens ne modifiant, en aucune manière, le principe de l'inaliénabilité de la dot, les obligations contractées par la femme, même après séparation, sont, en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers sur le fonds de la dot, immobilière ou mobilière, régies par les règles développées au § 538. C'est ainsi que les objets, mobiliers ou immobiliers, livrés par le mari en paiement des reprises dotales, quoique n'étant pas frappés de dotalité, ne peuvent cependant être saisis par les créanciers, même postérieurs à la séparation, qu'à charge par eux d'en faire ressortir la partie de la dot mobilière qu'ils représentent[17].

16 Le concordat, même suivi du paiement du dividende stipulé, ne peut avoir pour effet de libérer le mari de son obligation de restitution intégrale de la dot : les principes essentiels et le but du régime dotal repoussent un pareil résultat, auquel la femme n'a pu se soumettre par un traité fait avec le mari. Quant aux nouveaux créanciers du mari, ils sont sans qualité pour se prévaloir du concours de la femme au concordat, comme ayant emporté de sa part renonciation à son hypothèque légale, puisque la renonciation que l'art. 508 du Code de commerce attache à la participation au concordat, n'existe que dans l'intérêt des créanciers de la faillite. Voy. l'arrêt cité à la note précédente.

17 Cpr. § 538, texte n° 2, et note 23. Riom, 8 août 1843, Sir., 44, 2, 590. Montpellier, 18 février 1853, Sir., 53, 2, 684. Bordeaux, 14 mai 1857, Sir., 57, 2, 547. Toulouse, 24 février 1860, Sir., 60, 2, 305. Caen, 27 décembre 1860, et 18 mars 1861, Sir., 61, 2, 284. Civ. cass., 12 mars 1866, Sir., 66, 1, 159. Caen, 6 juillet 1866, Sir., 67, 2, 317. Grenoble, 4 mars 1868, Sir., 68, 2, 207. Cpr. Civ. cass., 12 avril 1870, Sir., 70, 1, 185. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3189 à 3193; Marcadé, sur l'art. 1553, n° 4; Montpellier, 21 février 1851, Sir., 53, 2, 671. — Cpr. Rouen, 26 juin 1824, Sir.,

Quant aux revenus des biens dotaux, les créanciers envers lesquels la femme s'est obligée depuis la séparation, ne sont pas, à la vérité, privés, d'une manière absolue, du droit de les saisir entre ses mains [18]; mais ils ne peuvent le faire que dans la limite de l'excédant sur les besoins du ménage [19]. D'un autre côté, après la dissolution du mariage par la mort de la femme, les revenus des biens dotaux restent insaisissables, entre les mains de ses héritiers, pour les engagements qu'elle a contractés en état de séparation [20].

25, 2, 19; Grenoble, 1er juillet 1846, Sir., 47, 2, 280; Caen, 15 février 1870, Sir., 70, 2, 117. Ces derniers arrêts sont allés trop loin, en refusant, d'une manière absolue, aux créanciers, le droit de saisir les objets cédés par le mari à la femme en paiement de ses reprises, puisque ces objets, quoique représentant des valeurs dotales, ne sont point dotaux. Voy. texte n° 1, et note 2 *supra*.

18 Il existe à cet égard une notable différence entre les engagements contractés par la femme depuis la séparation, et ceux qu'elle a contractés auparavant. Cpr. § 538, texte n° 2, et note 16.

19 La jurisprudence de la Cour de cassation a singulièrement varié sur ce point. Après avoir d'abord admis la solution indiquée au texte (Civ. rej., 10 janvier 1820, Sir., 20, 1, 152), elle avait décidé, à deux reprises, que les revenus des biens dotaux étaient saisissables en totalité pour les engagements contractés par la femme après séparation (Civ. cass., 9 avril 1823, Sir., 23, 1, 331. Civ, cass., 28 mars 1827, Sir., 27, 1, 299). Voy. aussi dans ce sens : Zachariæ, § 538, note 3, *in fine*. Enfin, par ses décisions les plus récentes, elle a de nouveau consacré la doctrine pour laquelle elle s'était d'abord prononcée (Req. rej., 28 février 1834, Sir., 34, 1, 176. Civ. rej., 6 février 1840, Sir., 40, 1, 133. Civ. cass., 4 novembre 1846, Sir., 47, 1, 201). Voy. également dans ce sens : Odier, III, 1368; Rodière et Pont, III, 1765; Troplong, II, 1441 et 1442, et IV, 3310; Marcadé, sur l'art. 1554, n° 4; Pau, 12 août 1824, Sir., 26, 2, 38; Grenoble, 14 juin 1825, Sir., 26, 2, 38; Paris, 14 février 1832, Sir., 32, 2, 296; Lyon, 4 juin 1841, Sir , 41, 2, 612.

20 Cette proposition, quelque dure qu'elle puisse paraître à l'égard de créanciers envers lesquels la femme s'est engagée après separation de biens, nous paraît cependant être une conséquence forcée de la dotalité. Dans le système contraire, il faudrait aller jusqu'à dire que de pareils engagements sont, après le décès de la femme, susceptibles d'être poursuivis sur l'intégralité des revenus des biens dotaux, puisqu'alors il n'y a plus de ménage. Or, ce résultat est inconciliable avec l'esprit et le but du régime dotal, destiné à protéger non-seulement les intérêts de la femme elle-même, mais encore ceux de ses héritiers, qui doivent retrouver les biens dotaux, francs de tous les engagements qu'elle a contractés depuis la séparation, aussi bien que de ceux qu'elle aurait pris antérieurement. En vain dirait-on, qu'il serait peu rationnel que le décès de la femme

§ 540.

De la restitution de la dot.

1° *Des causes qui donnent lieu à la restitution de la dot, et des personnes qui sont tenues de cette restitution.*

La restitution de la dot devient exigible dans les trois circonstances suivantes :

a. Lorsque le mariage a été dissous. Art. 1564 et 1565.

b. Lorsque les époux ont été séparés de corps ou de biens. Art. 1563 cbn. 311 et 1441, n°s 4 et 5.

c. Lorsque l'absence de l'un ou de l'autre des époux a été déclarée [1]. Art. 123 [2].

La restitution de la dot faite par le mari avant l'une ou l'autre de ces époques, ne serait pas libératoire, sauf cependant l'imputation des objets ou valeurs que la femme posséderait encore au moment où la restitution de la dot est devenue exigible [3].

Le mari ou ses héritiers sont tenus de la restitution de la dot, qu'il l'ait reçue lui-même, ou qu'elle ait été livrée de son consentement à un tiers, par exemple à son père [4]. Ce tiers est également,

privât ses créanciers du droit de saisir les revenus des biens dotaux, dans la même mesure au moins qu'ils étaient autorisés à le faire de son vivant. Pour écarter cette objection, il suffit de faire ramarquer que, si les créanciers peuvent saisir l'excédant des revenus dotaux sur les besoins du ménage, c'est uniquement par le motif que cet excédant est entré dans le patrimoine disponible de la femme, au fur et à mesure de l'échéance de ces revenus. Cpr. § 538, texte n° 2, et note 16. Civ. cass., 1er décembre 1834, Sir., 35, 1, 925. Civ. cass., 24 août 1836, Sir., 36, 1, 913. Rouen, 26 avril 1845, Sir., 47, 2, 164. Paris, 28 août 1846, Sir., 47, 2, 161. Douai, 27 juillet 1853, Sir., 54, 2, 181.

[1] Voy. cependant pour l'hypothèse où les époux, mariés sous le régime dotal, ont stipulé une société d'acquêts : Art. 124 ; § 155, texte et note 2.

[2] La restitution de la dot n'a lieu, en pareil cas, que provisoirement, c'est-à-dire sauf le retour de l'absent, et sous les conditions indiquées au § 152.

[3] Tessier, II, p. 229. Toullier, XIV, 262. Rodière et Pont, III, 1931. Troplong, IV, 3618.

[4] Tessier, II, p. 255, note 995. Rodière et Pont, III, 1920. Troplong, IV, 3613. Montpellier, 3 janvier 1827, Sir., 27, 2, 211. Nîmes, 12 juillet 1831, Sir., 31, 2, 220. Montpellier, 21 mars 1848, Sir., 48, 2, 592.

en cas d'insolvabilité du mari, responsable de la dot, lorsqu'il s'en est chargé. En l'absence d'engagement de sa part, la femme ne peut agir contre lui qu'en vertu de l'art. 1166, et jusqu'à concurrence seulement des valeurs dotales dont il se trouverait encore détenteur [5].

2° *De la preuve de l'apport de la dot.*

La femme[6] n'est, en général, admise à réclamer la restitution de la dot, qu'à charge de prouver que le mari l'a reçue. Elle doit de plus, lorsque la constitution de dot comprend un ensemble de biens présents ou à venir, établir la consistance des biens dotaux. Les moyens à l'aide desquels cette double justification peut être faite, varient selon les distinctions suivantes :

Quand la dot a été promise par un tiers, la femme peut, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, en établir la réception par témoins ou à l'aide de simple présomptions [7].

Dans cette hypothèse, la femme est même autorisée à réclamer la restitution de la dot [8], sans être tenue de prouver que le mari l'a reçue, si le mariage a duré dix ans depuis l'époque à laquelle elle était devenue exigible [9], et si, pendant ce laps de temps, l'action en

[5] Rodière et Pont, et Troplong, *locc. citt.*

[6] Tout ce que nous dirons, sous ce numéro, de la femme elle-même, s'applique également à ses héritiers.

[7] Art. 1348. Rodière et Pont, III, 1917. Caen, 10 janvier 1855, Sir., 55, 2, 273.

[8] L'art. 1569 ajoute : *Après la dissolution du mariage*. Mais il est évident que ces expressions sont purement énonciatives, et que la disposition de cet article doit recevoir son application toutes les fois qu'il y a lieu à restitution de la dot, quelle que soit d'ailleurs la circonstance qui rende cette restitution exigible. — Il est cependant bien entendu que, si la séparation de biens avait été prononcée avant les dix ans dont parle l'art. 1569, la femme ne pourrait invoquer plus tard la disposition de cet article. Tessier, II, p. 159. Rodière et Pont, III, 1927. Zachariæ, § 540, note 12. Cpr. texte et note 10 *infra*.

[9] Lorsque la dot est payable en plusieurs termes, le délai de dix ans commence à courir, pour chacun d'eux en particulier, à dater du jour de son arrivée, et non, pour tous ensemble, à compter du jour de l'expiration du dernier. Bellot des Minières, IV, p. 259. Tessier, I, p. 160. Duranton, XV, 566. Rodière et Pont, III, 1928. Marcadé, sur l'art. 1569, n° 1. Zachariæ, § 540, note 10. Cpr. Civ. rej., 29 août 1838, Sir., 38, 1, 769.

paiement était restée ouverte [10]. Toutefois, le mari est admis à décliner l'obligation de restituer la dot qu'il n'aurait pas reçue, en justifiant qu'il a fait les diligences nécessaires pour s'en procurer le paiement [11], ou que le promettant se trouvait dans un état notoire d'insolvabilité [12]. Art. 1569 [13].

10 Cette seconde condition, qui n'est point exprimée dans l'art. 1569, doit, d'après les motifs sur lesquels il est fondé, être sous-entendue pour la saine application de sa disposition. C'est ainsi que la femme ne peut, sur le fondement de l'art. 1569, réclamer la restitution d'une dot constituée en avancement d'hoirie, lorsque le constituant est décédé dans les dix ans de la célébration du mariage, et que la femme est venue à sa succession. Riom, 20 juin 1857, Sir., 58, 2, 47. — Une autre conséquence de la proposition énoncée au texte se trouve déjà indiquée dans la note 8 *supra*.

11 La question de savoir si les actes ou démarches faits par le mari constituent ou non des diligences suffisantes, est abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Rodière et Pont, III, 1926. Troplong, IV, 3663. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. Bellot, IV, p. 261; Benoît, II, 134; Toullier, XIV, 274. Suivant ces auteurs, il faudrait que le mari justifiât de poursuites dans le sens rigoureux de cette expression.

12 Sériziat, n° 286. Rodière et Pont, III, 1927. Troplong, IV, 3664. Cpr. Zachariæ, § 540, texte et note 13. Voy. cep. Agen, 15 décembre 1844, Sir., 45, 2, 229. — Mais le mari ne serait pas admis à prouver simplement qu'il n'a pas reçu le montant de la dot. L'opinion contraire, enseignée par M. Troplong, (IV, 3661), nous semble repoussée par le texte et l'esprit de l'art. 1569.

13 La disposition de l'art. 1569 n'a point été tirée, ainsi que l'ont supposé à tort certains auteurs, de la novelle 100, ou plutôt de la fausse interprétation qu'elle avait reçue dans le ressort du Parlement de Paris. Cette disposition a été en réalité puisée dans la loi 33, *D. de jure dotium* (23, 3), et dans la jurisprudence du Parlement de Toulouse. Catellan, liv. IV, chap. 46. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3, n° 8. Cpr. Troplong, IV, 3656; Bastia, 30 août 1854, Sir., 54, 2, 481. Or, en se reportant à cette jurisprudence, on est conduit à reconnaître que l'art. 1569 est fondé sur la négligence du mari et sur la supposition qu'il aurait pu se faire payer s'il avait agi en temps utile, et non sur une véritable présomption de réception de la dot établie contre lui. C'est ce qui ressort également des moyens à l'aide desquels il est exceptionnellement permis au mari de repousser la demande en restitution de la dot. Sincholle, *Revue critique*, 1864, XXIV, p. 134. — Il est du reste généralement admis que cet article n'a point eu pour objet d'établir, en faveur de celui qui a constitué la dot, une prescription spéciale, et que l'action en paiement qui compète au mari contre ce dernier, n'est soumise qu'à la prescription de trente ans. Maleville, sur l'art. 1569. Delvincourt, III, p. 118. Merlin, *op. et loc. citt.* Toullier, XIV, 277. Tessier, I, p. 155. Bellot des Minières, IV, p. 255. Benoît, I, 122. Odier, III, 1421. Rodière et Pont, III, 1923. Troplong, IV, 3665. Marcadé, sur l'art. 1569, n° 1. Zachariæ, § 540, texte et note 11.

Lorsque la dot, promise par la femme elle-même, dépasse 150 fr., celle-ci n'est, en général, admise à prouver sa réception qu'à l'aide d'une quittance donnée par le mari[14], soit dans le contrat de mariage même, soit dans un acte, authentique ou sous seing privé, postérieur à ce contrat[15]. Cependant la preuve testimoniale serait exceptionnellement admissible; s'il existait un commencement de preuve par écrit, ou si, par dol, violence, abus de la puissance maritale, la femme s'était trouvée dans l'impossibilité de rapporter une quittance de son mari. Du reste, la femme qui s'est dotée *de suo*, ne peut invoquer le bénifice de l'art. 1569[16].

En ce qui concerne la preuve de la consistance d'une dot comprenant un ensemble de biens présents ou à venir, elle peut être faite par témoins, et même par commune renommée, pour le mobi-

14 Arg. art. 1502, al. 2, cbn. 1341. Benoît, II, 132. Bellot des Minières, IV, p. 19. Odier, III, 1417. Voy. en sens contraire : Taulier, V, p. 353; Rodière et Pont, II, 628. Ces auteurs, qui admettent la preuve testimoniale, même en dehors des circonstances indiquées dans la suite du texte, se fondent, soit sur ce que le mari se serait rendu coupable d'un quasi-délit, en omettant de donner à la femme une quittance de la dot par lui reçue, soit sur ce que celle-ci, à raison de son état de dépendance, aurait été dans l'impossibilité d'exiger une preuve littérale. La première de ces raisons nous semble porter à faux, puisque, pour pouvoir reprocher au mari de s'être rendu coupable d'un quasi-délit à son égard, la femme devrait avant tout prouver le paiement de la dot. Quant à la dépendance légale dans laquelle la femme est placée, elle ne saurait à elle seule, et indépendamment de tout abus de la puissance maritale, justifier, dans cette hypothèse, complétement différente de celle qui a été examinée au § 516 (texte n° 5, et note 74), l'application de l'art. 1348.

15 Merlin, *Rép.* v° Dot, § 3; *Quest.*, *eod. v°*, § 11. Grenier, *Des hypothèques*, I, 234. Req. rej., 2 septembre 1806, Sir., 6, 1, 461. Req. rej., 16 juillet 1817, Sir., 19, 1, 40.

16 On ne peut imputer à faute au mari de n'avoir pas poursuivi sa femme, et le rendre, par ce motif, responsable de la dot qu'il n'aurait pas reçue. D'ailleurs, dans l'opinion contraire, il faudrait supposer, pour que la femme eût intérêt à invoquer la disposition de l'art. 1569, que l'action en paiement de la dot, à laquelle elle était soumise en qualité de constituante, s'est trouvée éteinte par l'expiration du délai de dix ans dont il est fait mention dans cet article. Or, cette supposition est évidemment inadmissible. Cpr. art. 2253, et note 13 *supra*, *in fine*. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3, n° 8. Delvincourt, III, p. 118. Bellot des Minières, IV, p. 257. Toullier, XIV, 277. Tessier, I, p. 156. Sériziat, n° 285. Odier, III, 1426. Marcadé, sur l'art. 1569, n° 2. Zachariæ, § 540, texte et note 9. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 566; Troplong, III, 3658. Cpr. aussi: Rodière et Pont, III, 1924.

lier dotal non inventorié, sans qu'il y ait à cet égard à distinguer entre celui qui est échu à la femme pendant le mariage, et celui qu'elle a apporté en mariage [17].

La preuve de la réception ou de la consistance de la dot peut, en général, être administrée par les moyens qui viennent d'être indiqués, non-seulement à l'égard du mari, mais encore vis-à-vis de ses créanciers, sauf à ces derniers à prouver, même par témoins, la simulation des actes dont la femme voudrait se prévaloir. Toutefois, et par exception à cette règle, en cas de saisie mobilière pratiquée contre le mari, la femme ne pourrait établir par témoins son droit de propriété sur les objets saisis, et n'aurait, si elle n'était pas à même d'en justifier par écrit, qu'un recours en indemnité contre son mari [18].

D'un autre côté, la même règle reçoit encore, en cas de faillite, de notables modifications [19]. Mais, dans ce cas là même, la déclaration, insérée au contrat de mariage, que le mari demeurera chargé de la dot par le fait de la célébration du mariage, reste complétement efficace à l'égard des créanciers [20].

3° *De la manière dont la restitution de la dot doit se faire.*

a. Les objets, soit immobiliers, soit mobiliers, qui font partie de la dot, doivent être restitués dans leur individualité, à l'exception cependant de ceux dont le mari est devenu propriétaire, soit par l'effet d'une estimation portée au contrat de mariage, soit à raison de leur nature même.

La restitution des objets mis à prix par le contrat de mariage *venditionis gratiâ*, se fait, quelle qu'en soit la nature, au moyen du paiement de l'estimation portée dans ce contrat [21]. Art. 1551.

[17] Arg. art. 1562 cbn. art. 600. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit de la femme mariée sous le régime exclusif de communauté. Cpr. § 531, texte n° 2, et note 16. Odier, III, 1417. Cpr. Zachariæ, § 536, note 9. Voy. cep. Taulier, V, p. 352 et 353.

[18] Cpr. § 531, texte n° 1, lett. *c*.

[19] Voy. Code de commerce, art. 557 et suiv.

[20] Cpr. § 523, texte n° 3, et note 25.

[21] La femme jouit à cet égard du privilége du vendeur. Montpellier, 26 juin 1848, Sir., 48, 2, 557.

Quant aux objets mobiliers dont on ne peut faire usage sans les consommer, ou qui de leur nature sont destinés à être vendus, la restitution s'en opère, à défaut d'estimation, soit au moyen de la remise d'une pareille quantité d'objets de même qualité, soit au moyen du paiement de leur valeur au moment de la cessation de la jouissance du mari[22]. Par une faveur spéciale, la femme a le droit d'exiger la remise en nature des linges et hardes à son usage, lors même que le mari serait devenu propriétaire de ceux qu'elle a apportés en dot, par suite de leur mise à prix dans le contrat de mariage; mais, dans ce cas, elle est tenue de précompter, sur le prix des meubles constitués avec estimation, la valeur actuelle des linges et hardes dont elle fait la reprise[23]. Art. 1566, al. 2.

b. Le mari est tenu de remettre, en leur état actuel, les objets qui doivent être restitués dans leur individualité, sauf, d'un côté, les indemnités qu'il peut devoir à raison de détériorations provenant de l'inexécution des obligations qui lui étaient imposées en sa qualité d'administrateur et d'usufruitier, et sauf, d'un autre côté, le remboursement des sommes qui peuvent lui être dues pour impenses.

Les propositions suivantes renferment des applications de ce principe :

α. Les immeubles dotaux doivent être restitués avec tous les accroissements et les améliorations qu'ils ont reçus, soit par des événements de la nature, soit par le fait de l'homme. Mais la femme est tenue de rembourser le montant des impenses nécessaires, ainsi que la mieux-value résultant des impenses utiles, qui ne se trouvaient pas à la charge du mari en sa qualité d'usufruitier[24]. Ce dernier peut aussi enlever les ornements ou autres objets mobiliers par lui placés, à charge de rétablir les lieux dans leur ancien état[25].

22 Arg. art. 1549, al. 2, et 1562 cbn. 587. Cpr. § 536.

23 Cpr. art. 1492, al. 2, et note 29 *infra*. — Voy. sur la portée des expressions *linges* et *hardes* : § 521, texte et notes 3 et 4; Toullier, XIV, 268 à 271; Odier, III, 1383; Rodière et Pont, III, 1901; Troplong, IV, 3646.

24 Cpr. § 535, texte n° 2, et note 28.

25 Arg. art. 599, al. 3. Delvincourt, III, p. 115 et 116. Benoît, II, 219 à 221. Tessier, II, p. 201 et 202. Odier, III, 1431. Rodière et Pont, III, 1910.

Le mari qui a fait des impenses nécessaires, est autorisé à les compenser avec les sommes dotales qu'il peut avoir à rembourser; et s'il n'y a pas lieu à compensation, il est en droit de refuser la restitution de l'immeuble sur lequel ces impenses ont été faites, jusqu'à ce qu'elles lui soient bonifiées. Quant aux impenses utiles, le paiement n'en peut être poursuivi sur les biens dotaux [26]; et, par suite, le mari ne jouit pas, en ce qui les concerne, du droit de compensation ou de rétention qui lui est accordé en matière d'impenses nécessaires [27].

β. En ce qui touche les meubles corporels dont la propriété est restée à la femme, le mari satisfait à l'obligation de restitution qui lui est imposée, en rendant ceux qui existent encore, dans l'état où ils se trouvent. Il n'est responsable, ni de leur détérioration, ni de leur perte, lorsqu'il prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute, ou, en d'autres termes, qu'elles ont été occasionnées, soit par un cas fortuit, soit par suite de l'usage même auquel ces objets étaient destinés. Art. 1566, al. 1. A défaut de cette preuve, le mari est tenu d'indemniser la femme à raison de la détérioration de son mobilier, et de payer la valeur des objets qu'il ne peut représenter, ou du moins le prix qu'il a retiré de ceux qui ont été vendus [28].

26 Caen, 19 et 20 juillet 1866, Sir., 67, 2, 261. Voy. en sens contraire : Bertauld, *Questions*, p. 505 et suiv., nos 636 à 644.

27 Tel était le dernier état du Droit romain, dont les dispositions sur ce point paraissent avoir été suivies dans les pays de Droit écrit. Voy. *L. uni.*, § 5, *C. de rei uxor. act.* (5, 13); Cujas, sur cette loi, *ad versic. sileat ob liberos;* Despeisses, *Des contrats*, part. I, tit. XV, sect. III, nos 75 et 76. L'application, sous le Code Napoléon, de ces dispositions du Droit romain, se justifie par l'art. 1558, qui, en permettant l'aliénation des biens dotaux pour des réparations indispensables à leur conservation, défend implicitement l'engagement de la dot pour de simples améliorations. Toullier, XIV, 326 et 327. Troplong, IV, 3640. Deux autres opinions ont été émises sur cette question. Suivant MM. Benoît (II, 245), Sériziat (no 214 et 236), et Rodière et Pont (III, 1908 et 1909), le droit de rétention devrait être admis, même pour les impenses utiles. Quant à M. Odier (III, 1432), il rejette le droit de rétention, même pour les impenses nécessaires; mais il admet la compensation pour toute espèce d'impenses.

28 Zachariæ, § 540, texte et note 4. — Si la vente avait été faite par le mari seul, sans aucun motif d'utilité et uniquement dans des vues de dissipation, il serait non-seulement redevable du prix qu'il a touché, mais de la valeur réelle des objets par lui vendus.

Les droits de la femme, en ce qui concerne les linges et hardes à son usage, sont régis par les dispositions spéciales suivantes: Elle est autorisée à garder tous les objets de cette nature qui se trouvent actuellement à son usage, sans être tenue à aucune bonification envers le mari, quand même la valeur de ces objets serait supérieure à la valeur de ceux qu'elle a apportés en mariage [29]. Que si la valeur des linges et hardes qu'elle retient, était inférieure à celle des objets de cette nature qu'elle a apportés, elle aurait, au contraire, droit à la bonification de la différence [30].

γ. Lorsque la dot comprend des créances, de quelque nature que ce soit, le mari n'est pas responsable de la dépréciation qu'elles peuvent avoir subie, sans qu'il y ait eu négligence de sa part. Il se libère valablement en restituant les actes instrumentaires qui constatent l'existence de ces créances et les à-comptes qu'il a touchés [31]. Art. 1567.

δ. Si un usufruit a été constitué en dot, le mari n'est tenu de restituer que le droit d'usufruit lui-même, et non les fruits échus

[29] Les mots *dans tous les cas*, qui se trouvent au second alinéa de l'art. 1566, y ont été mis par opposition aux mots *si les meubles dont la propriété reste à la femme*, qu'on lit dans le premier alinéa du même article, pour indiquer que la femme jouit du droit de reprendre en nature les linges et hardes à son usage actuel, même dans le cas où la propriété de ceux qu'elle a apportés en dot, a passé au mari par suite de leur estimation. Il n'existe d'autre différence entre cette hypothèse et celle où la femme a conservé la propriété des linges et hardes par elle apportés, si ce n'est que, dans la première, la femme est tenue de précompter la valeur actuelle des linges et hardes qu'elle retire, tandis que, dans la seconde, elle n'a aucune bonification à faire au mari. Cette différence résulte évidemment de la rédaction restrictive de la disposition finale du deuxième alinéa de l'art. 1566, opposée aux mots *dans tous les cas*, placés au commencement de ce même alinéa. Rodière et Pont, III, 1899 et 1900. Marcadé, sur l'art. 1566. Zachariæ, § 540, texte et note 5. Voy. cep. Duranton, XV, 558. D'après cet auteur, la femme ne pourrait reprendre les linges et hardes à son usage actuel, qu'à charge de payer la valeur de ceux qu'elle n'a pas apportés en dot, et qui ont été acquis pendant le mariage. Cette manière de voir est aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre du deuxième alinéa de l'art. 1566.

[30] Rodière et Pont, et Marcadé, *locc. citt.* Troplong, IV, 3645. Civ. rej., 1er juillet 1835, Dalloz, 1835, 1, 384.

[31] Mais, si le mari était devenu, en vertu du contrat de mariage, cessionnaire des créances dotales de la femme, il devrait restituer le prix de cession, sauf seulement son recours en garantie dans les cas prévus par les art. 1693 et suiv. Duranton, XV, 559. Rodière et Pont, III, 1903. Zachariæ, § 540, note 6.

pendant le mariage[32]. Art. 1568. Les fruits et arrérages de la dernière année se partagent conformément à la règle posée par l'art. 1571[33].

4° De la restitution des intérêts de la dot, et du partage des fruits de la dernière année.

Les fruits, naturels et civils, des objets dotaux appartiennent à la femme ou à ses héritiers, à partir, suivant la cause qui fait cesser la jouissance du mari, soit de la dissolution du mariage, soit de la demande en séparation de corps et de biens[34], soit du jugement d'envoi en possession provisoire.

Les intérêts des sommes dotales courent de plein droit, à dater de l'une ou de l'autre de ces époques, au profit de la femme ou de ses héritiers[35]. Art. 1570.

[32] La même règle s'appliquerait au cas où une rente viagère aurait été constituée en dot. Arg. art. 588. Tessier, II, p. 279. Duranton, XV, 562. Odier, III, 1394. Rodière et Pont, III, 1904. Troplong, IV, 3654.

[33] Duranton, XV, 561. Zachariæ, § 540, note 7.

[34] Arg. art. 1570 cbn. 1445, 1563, al. 2, et 311. Cpr. § 516, texte n° 5, et note 45; § 494, texte n° 3, et note 16. Rodière et Pont, III, 1935 et 2169. Zachariæ, § 540, note 16. Limoges, 17 juin 1835, Sir., 36, 271. Voy. cep. Duranton, XV, 570; Odier, III, 1399; Troplong, IV, 3672. Suivant ces auteurs, l'usufruit du mari ne cesserait qu'à partir du jugement de séparation, parce que, disent-ils, le mari a jusque-là supporté les charges du mariage. Ce motif n'est rien moins que concluant, puisque, d'après notre manière de voir, l'obligation imposée à la femme par l'art. 1448, en ce qui concerne la contribution aux charges du mariage, remonte également au jour de la demande en séparation de biens.

[35] Rodière et Pont, *locc. citt.* La Cour de cassation (Req. rej., 28 mars 1848, Sir., 48, 1, 354) a cependant décidé, contrairement à l'opinion émise au texte, que les intérêts des sommes dotales dont le mari doit la restitution, ne courent, en cas de séparation de biens, que du jour du jugement qui l'a prononcée, et non du jour de la demande. Quelque graves que soient les motifs de cette décision, nous ne croyons pas pouvoir y adhérer. Il ne s'agit pas ici, comme la Cour suprême paraît le supposer, de véritables intérêts moratoires, mais bien d'intérêts légaux, qui sont dus indépendamment de toute demande, et indépendamment même de la possibilité pour le débiteur de se libérer immédiatement. Si l'art. 1570 ne devait pas s'appliquer au cas de séparation de biens, comme à celui de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux,

Si le mariage a été dissous par la mort du mari, la femme peut, au lieu d'exiger les fruits et les intérêts de sa dot pendant l'année qui suit la dissolution du mariage, se faire fournir, durant cet espace de temps, sa nourriture et son entretien aux dépens de la succession du mari[36]. Du reste, quel que soit le choix de la femme, la succession du mari lui doit toujours l'habitation pendant une année, à partir de la mort de ce dernier, ainsi que les habits de deuil, sans imputation sur les fruits et les intérêts auxquels elle a droit. Art. 1570, al. 2. La femme jouirait des différents droits que lui attribue le second alinéa de l'art. 1570, lors même que le mari lui aurait fait un legs, à moins qu'il n'eût subordonné sa libéralité à la condition qu'elle renonce à ces droits[37].

Par exception à la règle générale admise en matière d'usufruit ordinaire, les fruits naturels[38] et les fruits civils irréguliers[39] des biens dotaux[40] sont, en ce qui concerne la répartition à en faire,

on se trouverait ramené à la règle posée par l'art. 1153, de telle sorte que les intérêts ne courraient plus de droit, même à partir du jugement de séparation, et ne seraient dus que du jour où ils auraient été demandés. Que si l'on admet l'extension de l'art. 1570 au cas de séparation, il n'y a plus de motifs pour ne pas y appliquer également l'art. 1445. Cpr. art. 1473 ; § 516, texte nº 5, et note 46.

[36] La femme, en optant pour ce dernier parti, perd donc, pendant une année, tout droit aux intérêts des sommes dotales ainsi qu'aux fruits naturels ou civils des immeubles dotaux. Le second alinéa de l'art. 1570 ne parle, il est vrai, que des intérêts de la dot ; mais il est évident que ces expressions ont été employées comme synonymes de revenus dotaux. Duranton, XV, 574. — Cpr. sur le cas où la femme aurait reçu ses aliments au-delà de l'année de deuil : Bastia, 26 décembre 1855, Sir., 56, 2, 13.

[37] Tessier, II, p. 264. Aix, 2 mai 1839, Sir., 39, 2, 528.

[38] Sous l'expression *fruits naturels*, nous comprenons, comme à l'ordinaire, les fruits naturels proprement dits et les fruits industriels. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2707 et 2708 ; Benoît, II, 195 et suiv.

[39] Cpr. Proudhon, *op. cit.*, II, 911 ; V, 2702 à 2706 ; Benoît, II, 205 et suiv.

[40] Quoique l'art. 1571 ne parle que des fruits des *immeubles* dotaux, il nous paraît incontestable que la disposition de cet article doit être étendue aux fruits, naturels ou civils irréguliers, de tous les biens dotaux, par exemple, au croît des animaux : *Est eadem ratio*. Rodière et Pont, III, 1946. Taulier, V, p. 371. Zachariæ, § 540, note 18.

lors de la cessation de la jouissance du mari[41], entre ce dernier ou ses héritiers et la femme ou ses héritiers, entièrement assimilés à des fruits civils réguliers. Art. 1571[42]. Il en résulte que les fruits des biens dotaux, de quelque nature qu'ils soient, perçus ou à percevoir pendant l'année dans laquelle la jouissance du mari vient à cesser, comme constituant le revenu de cette année[43], doivent être confondus dans une seule masse, laquelle se partage, entre le mari ou ses héritiers et la femme ou ses héritiers, dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés à partir du jour anniversaire de la célébration du mariage jusqu'à celui de la cessation de l'usufruit[44].

La règle de partage établie par l'art. 1571 doit être appliquée, non-seulement aux récoltes annuelles, mais encore à celles qui ne se font qu'à des intervalles de plusieurs années, de sorte que le mari ne peut garder les récoltes de la dernière espèce, que dans la proportion de la durée de sa jouissance comparée aux intervalles qui séparent ces récoltes, et que, réciproquement, il a droit, dans la même proportion, à la récolte qui se fera à l'expiration de la période pendant laquelle sa jouissance a pris fin[45].

41 L'art. 1571 dit, *à la dissolution du mariage* ; mais il est hors de doute que les dispositions de cet article s'appliquent à tous les cas où, pour quelque cause que ce soit, la jouissance du mari vient à cesser. Proudhon, *op. cit.*, V, 2696. Troplong, IV, 3678. Zachariæ, 540, note 16.

42 Cet article reçoit application, même au cas où la jouissance du mari vient à cesser dans le cours de la première année du mariage. Cpr. § 535, note 24.

43 Pour déterminer quels sont les fruits de la dernière année auxquels s'applique l'art. 1571, il faut principalement s'attacher à reconnaître quels sont, eu égard aux fruits précédemment récoltés ou perçus, ceux qui doivent être considérés comme des revenus de l'année dans laquelle cesse la jouissance du mari. Cette observation suffit pour lever tous les doutes auxquels peuvent donner lieu des récoltes précoces ou tardives. Cpr. Benoît, II, 197 et 198 ; Proudhon, *op. cit.*, V, 2713 et 2714 ; Marcadé, sur l'art. 1571, n° 1. — Il résulte également de cette observation que la décision donnée par Papinien, dans la L. 7, § 2, *D. sol. matrim.* (24, 3), ne doit plus être suivie sous l'empire du Code. Cpr. Benoît, II, 202 ; Duranton, XV, 453 ; Proudhon, *op. cit.*, V, 2716 à 2734 ; Rodière et Pont, III, 1939.

44 Ainsi, cette masse se divise en trois cent soixante-cinq parties ; le mari ou ses héritiers prennent autant de ces parties que l'usufruit a duré de jours pendant la dernière année ; le surplus appartient à la femme ou à ses héritiers. Cpr. Zachariæ, § 540, texte et note 20.

45 Toute autre solution de cette difficulté, qui n'a pas été prévue par la loi,

Les frais de semence, de culture, et de récolte se prélèvent sur les fruits[46].

5° *De l'époque à laquelle la restitution peut être exigée.*

La restitution des objets dotaux dont la femme a conservé la propriété, peut, en général, être exigée immédiatement après la cessation de la jouissance du mari[47]. Art. 1564.

La restitution de la dot constituée en argent, ainsi que celle de l'estimation ou de la valeur des objets dotaux dont le mari est devenu propriétaire, et du prix de ceux qu'il a valablement aliénés, soit en vertu d'une clause du contrat de mariage, soit en vertu de son droit d'administration[48], ne peut, à moins de stipulation contraire dans ce contrat[49], et sauf le cas de séparation de biens[50],

conduirait, soit pour le mari, soit pour la femme, à de choquantes injustices, et serait évidemment contraire à l'esprit de la loi, qui a voulu prévenir de pareilles injustices, même pour des récoltes annuelles. Delvincourt, III, p. 119. Toullier, XIV, 314. Duranton, XV, 458. Proudhon, *op. cit.*, V, 2735 à 2737. Tessier, II, p. 172. Bellot des Minières, IV, p. 373. Sériziat, n° 303. Odier, III, 1407. Rodière et Pont, III, 1940. Marcadé, sur l'art. 1571, n° 2. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 3675.

46 Arg. art. 548. Cpr. L. 7, § *ult., D. solut. matrim.* (24, 3). Tessier, II, p. 172. Benoît, II, p. 275. Duranton, XV, 449. Odier, III, 1408. Rodière et Pont, III, 1941. Zachariæ, § 540, texte et note 21. Voy. cep. Maleville, sur l'art. 1571.

47 Cette règle s'applique également à la restitution de la valeur de pareils objets qui auraient péri par la faute du mari.

48 Cpr. art. 1557 ; § 535, texte n° 1. — Quoique l'art. 1565 ne parle expressément que des meubles mis à prix par le contrat, il nous paraît qu'il doit être appliqué à ceux dont le mari est devenu propriétaire à raison de leur nature, et même à ceux dont il a valablement disposé sans en être devenu propriétaire, puisque le motif d'équité qui sert de base aux dispositions de cet article, se reproduit toutes les fois que le mari se trouve, sans aucune faute qui lui soit imputable, dans l'impossibilité de rendre en nature les objets dotaux. Cpr. Bellot des Minières, IV, p. 234 et suiv. ; Duranton, XV, 550 ; Sériziat, n° 253 ; Rodière et Pont, III, 1911 ; Marcadé, sur les art. 1564 et 1565 ; Zachariæ, § 540, texte et note 23.

49 Delvincourt, III, p. 116. Bellot des Minières, IV, p. 240. Taulier, V, p. 362. Rodière et Pont, III, 1916.

50 La disposition de l'art. 1565 est inapplicable, lorsque la restitution de la dot devient exigible par suite de séparation de biens. Dans ce cas, la femme ou

être exigée qu'un an après la cessation de la jouissance du mari. Art. 1565 et arg. de cet article. La femme ou ses héritiers n'ont pas même, en pareil cas, le droit d'exiger une caution pour la garantie de cette restitution[51]. La disposition de l'art. 1565 cesse d'ailleurs d'être applicable dans tous les cas où le débiteur est, de Droit commun, privé du bénéfice du terme qui lui avait été accordé[52].

6° Dispositions spéciales à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de la dot, et au rapport de celle-ci.

L'hypothèque légale dont la femme jouit pour la restitution de sa dot, n'est point privilégiée quant à son rang. Art. 1572[53].

Lorsqu'une fille dotée, soit par son père, soit par sa mère[54], a épousé un homme qui se trouvait déjà insolvable lors de la constitution de dot, et qui n'avait, à cette époque, ni métier, ni profes-

ses héritiers peuvent immédiatement réclamer la remise en nature ou le paiement de la valeur de tous les objets dotaux sans distinction. Arg. art. 1563 cbn. 1444 et 1188. Duranton, XV, 553. Tessier, II, p. 258. Sériziat, n° 245. Odier, III, 1387. Rodière et Pont, III, 1913. Troplong, IV, 3637. Zachariæ, § 540, note 22, *in principio*. — Mais, au cas de séparation de corps ou de déclaration d'absence, le mari ou ses héritiers jouissent du délai établi par l'art. 1565. Duranton, XV, 554. Rodière et Pont, *loc. cit.* Zachariæ, § 540, note 22, *in fine*. Voy. en sens contraire : Sériziat, n° 243.

51 Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 11, n° 5. Zachariæ, § 540, note 24.

52 Cpr. art. 1188 ; § 303. Duranton, XV, 553. Odier, III, 1387. Rodière et Pont, III, 1912. Zachariæ, § 540, note 23, *in fine*.

53 L'objet de cet article a été d'abroger la loi 12, *C. qui pot. in pign.* (8, 18), d'après laquelle la femme se trouvait, pour la restitution de sa dot, préférée aux créanciers qui lui étaient antérieurs en hypothèque. *Exposé de motifs*, par Berlier, et *Rapport au Tribunat,* par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 297, n° 43, p. 391, n° 75). Maleville, sur l'art. 1572. Bellot des Minières, IV, 280. Zachariæ, § 540, note 25.

54 L'art. 1573 ne parle, il est vrai, que de la dot constituée par le père ; mais il doit, par identité de raison, être appliqué à celle qui l'a été par la mère. Il n'existe aucun motif rationnel de distinguer entre le père et la mère, puisque le premier n'est, pas plus que la seconde, civilement obligé de doter ses enfants. Delvincourt, II, p. 41. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 850. Duranton, VII, 418, et XV, 576. Sériziat, n° 315. Rodière et Pont, I, 136. Troplong, IV, 3680 à 3683. Marcadé, sur l'art. 1573, n° 2. Demolombe, XVI, 211. Zachariæ, § 540, texte et note 27. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 282. Cpr. Grenier, *Des donations*, II, 530.

sion qui pût lui tenir lieu de bien, elle n'est tenue, en cas de perte ou de dépréciation de sa dot, de rapporter à la succession de son père ou de sa mère, que l'action qui lui compète contre le mari ou ses héritiers pour se la faire restituer, et non la dot elle-même[55]. Mais, si le mari n'est devenu insolvable que depuis la constitution de dot, ou bien si, à cette époque, il avait un métier ou une profession, la perte ou la dépréciation de la dot est exclusivement à la charge de la femme. Art. 1573[56].

B. DES BIENS PARAPHERNAUX.

§ 541.

1° Tous les biens de la femme qui n'ont été, ni constitués en dot, ni donnés par contrat de mariage, ou qui ne se trouvent pas légale-

55 Il en est ainsi, que la dot ait été constituée en meubles ou en immeubles : *Lex non distinguit*. Vazeille, *op. et loc. citt.* Duranton, VII, 419. Marcadé, sur l'art. 1573, n° 1. Zachariæ, § 540, note 28, *in fine*. Voy. en sens contraire : Chabot, *Des successions*, sur l'art. 883, n° 12 ; Grenier, *op. cit.*, II, 531 ; Delvincourt, II, p. 41 ; Demante, *Cours*, III, 202 ; Demolombe, XVI, 214. — Il semble cependant que la femme ne serait pas dispensée de rapporter la valeur des immeubles dotaux dont le contrat de mariage n'avait permis l'aliénation que sous la condition de son consentement, et à la vente desquels elle aurait effectivement concouru. Rodière et Pont, I, 140.

56 Cet article s'applique-t-il à la fille mariée sous le régime de la communauté, ou sous un régime exclusif de communauté, comme à la fille mariée sous le régime dotal ? On peut dire, pour l'affirmative, que la disposition de cet article, uniquement fondée sur la négligence du père ou de la mère qui a constitué la dot, ne saurait être considérée comme la conséquence d'un principe particulier au régime dotal. Mais la négative nous paraît préférable. En effet, l'art. 1573 a été tiré de la novelle 97, chap. VI, et de l'authentique *quod locum (ad* L. 4, *C. de collat.*, 6, 20), dont les dispositions n'ont jamais été reçues que dans les pays de Droit écrit ; et, en plaçant l'art. 1573 dans le chapitre qui traite du régime dotal, les rédacteurs du Code ont clairement manifesté l'intention de ne reproduire, qu'en faveur des habitudes des pays de Droit écrit, une disposition qui a toujours été étrangère aux pays coutumiers. Cpr. § 499, texte n° 2, et note 2. Chabot, *op. et loc. citt.* Grenier, *op. cit.*, II, 529. Duranton, VII, 416 à 420 ; XV, 576. Marcadé, sur l'art. 1573, n° 2. Demante, *Cours*, III, 185 *bis*, II. Demolombe, XVI, 210. Voy. en sens contraire : Vazeille, *op. et loc. citt.* ; Delvincourt, II, p. 41 ; Zachariæ, § 540, note 28. Voy. aussi : Rodière et Pont, I, 137.

ment subrogés à des biens de l'une ou de l'autre de ces catégories, sont paraphernaux. Art. 1574.

Les acquisitions à titre onéreux faites, soit par la femme seule, soit conjointement par le mari et la femme, appartiennent en propre à celle-ci, pour la totalité ou pour moitié, qu'elles aient été soldées de ses deniers ou de ceux du mari [1] ; et, sauf le cas de subrogation à des biens dotaux, ces acquisitions forment des paraphernaux [2].

Lorsque le mari s'est rendu acquéreur, soit en son nom personnel, soit pour le compte de la femme, mais sans mandat de celle-ci et sans son concours à l'acte d'acquisition, d'un immeuble dont une part indivise formait un bien paraphernal, la femme jouit de l'option établie par l'art. 1408 [3].

2° A la différence des immeubles dotaux, les immeubles paraphernaux sont, en principe, aliénables; et, par suite, les engagements que la femme a valablement contractés peuvent être poursuivis sur ces immeubles, qu'ils soient ou non susceptibles de l'être sur les biens dotaux [4].

[1] Nous nous bornerons à renvoyer, pour la justification de cette proposition, aux explications données à la note 2 du § 531. Odier, III, 1187 *bis* à 1192. Nîmes, 13 août 1857, Sir., 58, 2, 360. Cpr. Grenoble, 1er février 1812, Sir., 28, 2, 44, à la note ; Grenoble, 30 juin 1827, Sir., 28, 2, 191 ; Montpellier, 14 février 1843, Sir., 43, 2, 222 ; Aix, 10 juillet 1862, Sir., 63, 2. 9. Voy. en sens contraire : Riom, 22 février 1809, Sir., 12, 2, 198 ; Toulouse, 26 février 1861, Sir., 61, 2, 327 ; Caen, 8 août 1868, Sir., 70, 2, 116. Cpr. aussi : Rodière et Pont, III, 1976. — Mais, s'il résultait des circonstances que la femme ne se trouvait pas en position de payer, de ses propres deniers, le prix quittancé en son nom, elle devrait en faire état au mari ou à ses héritiers ; et l'on comprend que, sous ce rapport, la position de la femme dont tous les biens sont dotaux, est moins favorable que celle de la femme qui possède des biens paraphernaux. Cpr. § 531, texte n° 1, et note 3. Cpr. aussi : Civ. cass., 6 mars 1866, Sir., 66, 1, 253.

[2] Voy. sur les différentes hypothèses dans lesquelles cette subrogation s'opère, et sur celles où elle n'a pas lieu : § 534, texte n° 4.

[3] Cpr. § 507, texte n° 3, et notes 90 à 100 ; § 537, texte n° 5, et notes 140 à 142. Zachariæ, § 507, note 39. Limoges, 12 mars 1828, Sir., 29, 2, 77. Toulouse, 24 janvier 1835, Sir., 35, 2, 383. Limoges, 23 décembre 1840, et 25 février 1841, Sir., 41, 2. 426. Lyon, 20 juillet 1843, Sir., 44, 2, 319. Voy. cep. Rodière et Pont, III, 1977.

[4] Cpr. § 537, texte n° 2, notes 50 et 51 ; § 538, texte n° 2, *in fine*, et notes 37 à 39.

La stipulation que les immeubles paraphernaux ne pourront être aliénés que sous condition de remploi, ne les frappe pas de dotalité, et ne les soumet pas à une inaliénabilité relative [5]. Une pareille clause, en supposant d'ailleurs que, d'après sa rédaction, elle fût opposable aux tiers, n'aurait d'autre effet que de rendre non libératoires, à l'égard de la femme, les paiements faits sans remploi [6].

3° On doit, en ce qui concerne la preuve de la consistance du mobilier paraphernal de la femme, appliquer les mêmes règles que pour la preuve de la consistance du mobilier respectif des époux, sous le régime de la séparation de biens contractuelle [7].

4° La femme conserve, sauf stipulation contraire dans le contrat de mariage, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux. Art. 1576, al. 1. Sa position, à ce double point de vue, est analogue à celle de la femme séparée de biens, contractuellement ou judiciairement [8].

C'est ainsi, qu'à l'instar de la femme séparée de biens, elle peut, sans autorisation du mari, recevoir le remboursement de ses créances [9], ou les céder par voie de transport, et vendre ses meubles corporels [10].

5 Cpr. § 533, texte et note 10; § 533 *bis*, texte et note 6. Civ. cass., 7 juin 1836, Sir., 36, 1, 721. Lyon, 3 janvier 1838, Sir., 38, 2, 160. Req. rej., 13 février 1850, Sir., 50, 1, 353.

6 Cpr. § 510, texte n° 3, et note 13; § 533, texte et note 10. Req. rej., 22 avril 1857, Sir., 57, 1, 575. Req. rej., 9 août 1858, Sir., 59, 1, 19.

7 Cpr. § 532, texte n° 2.

8 Bellot des Minières, IV, p. 300. Duranton, XV, 579 et 580. Sériziat, n°s 325 et 326. Troplong, IV, 3691. Marcadé, sur l'art. 1574. Zachariæ, § 541, texte *in principio*. Cpr. § 516, texte n° 5, lett. *b*.

9 Bellot des Minières, *loc. cit.* Rodière et Pont, III, 1978. Troplong, IV, 3691. Turin, 19 janvier 1810, Sir., 11, 2, 79. Grenoble, 19 avril 1842, Sir., 43, 2, 230. Voy. en sens contraire : Benoît, *Des paraphernaux*, n° 20, p. 38 et suiv.; Odier, III, 1451 et 1452. Ces auteurs invoquent, à l'appui de leur manière de voir, un passage de Pothier (sur l'art. 194 de la coutume d'Orléans), dont l'authenticité nous paraît fort suspecte, vu que nous n'avons pu le trouver dans l'édition des œuvres de cet auteur que nous avons consultée.

10 A la vérité, le second alinéa de l'art. 1576 porte, d'une manière générale et sans distinguer entre les meubles et les immeubles, que la femme ne peut aliéner ses paraphernaux sans autorisation de son mari ou de justice. Mais le rapprochement des art. 1449, 1536 et 1538 prouve clairement que le législateur

C'est ainsi encore, que la double question de savoir dans quelles limites la femme peut s'engager sans l'autorisation du mari, et si les engagements qu'elle a valablement contractés sans cette autorisation, sont susceptibles d'être poursuivis sur tous ses biens paraphernaux ou sur ses meubles seulement, doit se résoudre d'après les mêmes règles que pour la femme séparée de biens[11].

C'est ainsi enfin, que la femme ne peut aliéner ses immeubles, ni ester en justice à raison de droits paraphernaux quelconques, sans y être dûment autorisée. Art. 1576, al. 2.

L'analogie ci-dessus indiquée conduit également à reconnaître que l'art. 1450 doit recevoir son application en cas de vente d'immeubles paraphernaux[12].

5° Les revenus des biens paraphernaux appartiennent en totalité à la femme, qui peut en disposer comme elle l'entend. Toutefois, si tous ses biens sont paraphernaux, et que le contrat de mariage n'indique pas la proportion dans laquelle elle devra con-

a toujours considéré l'aliénation des meubles comme rentrant, pour la femme mariée jouissant de l'administration de ses biens, dans les limites de cette administration ; et, de cette observation, il est permis de conclure qu'il n'a eu en vue, dans la disposition ci-dessus citée de l'art. 1576, que l'aliénation des immeubles. Cette conclusion paraît d'autant moins contestable qu'il n'y avait aucun motif rationnel pour établir, à l'égard des meubles, une distinction entre les pouvoirs de la femme séparée de biens, judiciairement ou contractuellement, et ceux de la femme mariée sous le régime dotal. Cpr. § 516, texte n° 5 lett. *b*, et note 56; § 532, texte n° 1, et note 2. Bellot des Minières, *loc. cit.* Duranton, XV, 581. Sériziat, n° 339. Voy. en sens contraire : Benoît, *op. cit.*, n° 21 ; Odier, III, 1449. Voy. aussi : Troplong, IV, 3691.

[11] Cpr. § 516, texte n° 5, lett. *b*, et notes 77 et 78.

[12] Cpr. § 532, texte et note 3. Bellot des Minières, IV, p. 302. Taulier, V, p. 583. Rodière et Pont, III, 2010. Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 379. Troplong, II, 1459 et 1460. Marcadé, sur l'art. 1450, n° 3. Zachariæ, § 506, note 11. Caen, 21 mai 1851, Sir., 54, 2, 91. Caen, 15 juin 1851, et Agen, 3 décembre 1852, Sir., 52, 2, 588 et 591. Civ. cass., 27 avril 1852, Sir., 52, 1, 401. Civ. rej., 27 décembre 1852, Sir., 53, 1, 161. Paris, 7 mai 1853, Sir., 53, 2, 351. Req. rej., 16 novembre 1861, Sir., 62, 1, 741. Montpellier, 13 décembre 1862, Sir., 63, 2, 8. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Régime dotal, § 4, n° 1 ; Benoît, *Des paraphernaux*, n° 238 : Sériziat, n° 347 ; Odier, III, 1472 ; Toulouse, 15 mai 1834, Sir., 35, 2, 17 ; Toulouse, 27 mars 1840, Sir., 40, 2, 304 ; Toulouse, 15 décembre 1849, Sir., 50, 2, 499.

courir aux charges du mariage, elle est tenue d'y contribuer jusqu'à concurrence du tiers de ces revenus; et le mari peut exiger qu'elle verse entre ses mains cette part contributoire [13]. Art. 1575.

6° La femme peut donner à son mari, le mandat d'administrer ses biens paraphernaux. Ce mandat est irrévocable, sauf le cas de séparation de biens, lorsqu'il a été conféré par contrat de mariage. Il est, au contraire, révocable au gré de la femme, lorsqu'il a été donné par un acte postérieur. Le mari auquel un pareil mandat a été confié, est tenu, comme tout autre mandataire, de ses fautes ou négligences. Mais il ne doit pas compte des fruits, à moins que le pouvoir d'administrer ne lui ait été conféré que sous la charge d'en faire état [14], auquel cas il en devient comptable en qualité de mandataire. Art. 1577.

Lorsque le mari a joui des biens paraphernaux sans mandat de la femme, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu, lors de la dissolution du mariage, ou à la première demande de cette dernière, qu'à la représentation des fruits existants. Art. 1578 [15]. Il n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés; la femme ne serait pas admise à demander la restitution de leur valeur, en offrant de prouver que le mari les a employés dans son intérêt personnel, et non pour les besoins du ménage [16].

Dans l'application des règles qui viennent d'être posées, on doit considérer comme existants, les loyers, fermages, ou intérêts, pour le montant desquels les débiteurs auraient souscrit, au profit du mari, des reconnaissances ou obligations non encore soldées, ainsi que le prix encore dû des fruits par lui vendus [17].

13 Cpr. § 516, texte n° 5, lett. *b*, et notes 60 à 67.

14 Toullier, XIV, 362. Bellot des Minières, IV, p. 309. Duranton, XV, 582. Sériziat, n° 348. Odier, III, 1482. Rodière et Pont, III, 1980. Troplong, IV, 3707. Voy. en sens contraire: Benoît, *op. cit.*, n° 80.

15 La disposition de cet article s'applique même au cas où la femme, mariée en secondes noces, a des enfants d'un premier lit. L'abandon qu'elle fait à son mari de ses revenus paraphernaux, ne constitue pas un avantage indirect, tombant sous l'application des art. 1098 et 1527. Sériziat, n° 362. Req. rej., 19 décembre 1842, Sir., 43, 1, 165.

16 Toullier, XIV, 368. Odier, III, 1490 et 1491. Troplong, IV, 3707. Voy. en sens contraire : Benoît, *op. cit.*, n° 177.

17 Toullier, XIV, 365 et 366. Benoît, *op. cit.*, n°s 188 et 189. Rodière et Pont, III, 1981.

Tant que le mari jouit des biens paraphernaux, soit en vertu d'un mandat exprès d'administrer qui ne lui impose pas la charge de rendre compte des fruits, soit par l'effet d'un consentement tacite de la part de la femme, il est tenu de toutes les charges inhérentes à l'usufruit. Art. 1580. Toutefois, s'il avait fait des améliorations sur des biens paraphernaux, il pourrait demander la bonification de la mieux-value qui en serait résultée [18], mais jusqu'à concurrence seulement des sommes qu'il aurait prises sur sa propre fortune [19].

Quand le mari a joui des biens paraphernaux malgré l'opposition constatée de la femme [20], il est comptable, envers elle, de tous les fruits, tant existants que consommés. Art. 1579. Il ne peut se soustraire à l'obligation de les restituer, sous prétexte qu'il les a employés aux dépenses du ménage [21]. Mais il serait autorisé à déduire, non-seulement la part contributoire de la femme aux charges du mariage, mais encore les frais de semence, de culture et de ré-

18 *Non obstant* art. 599 cbn. 1580. Le premier de ces articles, qui n'est pas placé sous la rubrique des *Obligations de l'usufruitier*, n'impose en effet aucune obligation à l'usufruitier, et lui refuse seulement un droit dont jouit, suivant les principes généraux, le tiers qui a fait des améliorations sur le fonds d'autrui. D'un autre côté, la disposition de cet article ne saurait, d'après sa nature exceptionnelle et rigoureuse, être étendue au mari, qui est censé avoir employé aux besoins du ménage, les revenus des biens paraphernaux dont la femme lui a laissé la jouissance. Benoît, *op. cit.*, n° 187. Toulouse, 24 janvier 1835, Sir., 35, 2, 383.

19 Si, dans l'hypothèse indiquée au texte, le mari est dispensé de restituer les fruits qu'il a consommés, il n'est point, pour cela, autorisé à répéter la portion de revenus qu'il aurait employée dans l'intérêt de la femme, portion qui ne peut être considérée comme consommée dans le sens de l'art. 1578. Civ. rej., 12 février 1849, Sir., 49, 1, 625. Voy. cep. Nîmes, 24 mai 1849, Sir., 49, 2, 644.

20 On peut induire des termes *opposition constatée*, que la femme ne serait pas admise à prouver par témoins une opposition purement verbale. Mais on ne doit pas aller jusqu'à regarder comme indispensable, une notification par acte d'huissier. Benoît, *op. cit.*, n° 225. Sériziat, n° 336. Odier, III, 1493. Troplong, IV, 3714. Req. rej., 13 novembre 1861, Sir., 62, 1, 741. Cpr. Maleville, sur l'art. 1579; Toullier, XIV, 364; Bellot des Minières, IV, p. 310; Rodière et Pont, III, 1984.

21 Toullier, XIV, 367. Benoît, *op. cit.*, n° 227 et 228. Odier, III, 1494.

colte, ainsi que les impenses, nécessaires ou utiles, et même les frais de simple entretien[22].

APPENDICE AU RÉGIME DOTAL.

§ 541 *bis*.

De la société d'acquêts[1].

En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts. Art. 1581.

Une pareille stipulation, simplement accessoire au régime dotal, n'emporte aucune dérogation aux principes constitutifs de ce régime, en ce qui concerne la condition des biens, soit dotaux, soit paraphernaux.

Ainsi, d'une part, les immeubles dotaux restent inaliénables et imprescriptibles, avec toutes les conséquences attachées à ces deux caractères[2]. La dot mobilière demeure pareillement inaliénable sous les divers rapports indiqués aux §§ 537 *bis* et 538. Spécialement, la femme ne peut, même en ce qui concerne les immeubles compris dans la société d'acquêts, renoncer, pendant le mariage, à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales[3].

22 Dès que le mari est comptable de tous les fruits, tant existants que consommés, il ne peut plus être question de le soumettre aux charges inhérentes à l'usufruit. Benoît, *op. cit.*, n° 229. Odier, *loc. cit.* Rodière et Pont, III, 1985.

1 Cpr. sur cette matière : Tessier, *De la société d'acquêts*, 1 vol. in-8°.

2 Odier, III, 1518. Rodière et Pont, III, 2036 et 2040. Marcadé, sur l'art. 1581, n° 2.

3 Angers, 10 août 1839, Sir., 40, 2, 130. Voy. en sens contraire : Tessier, *op. cit.*, n° 189 ; Troplong, III, 1911. Ces auteurs enseignent que la femme ne peut, même au cas de renonciation à la société d'acquêts, exercer, pour ses reprises dotales, son hypothèque légale sur les immeubles de cette société, au détriment des créanciers envers lesquels elle s'est engagée. Ils se fondent sur ce que les effets de la société d'acquêts étant régis par les règles relatives à la communauté réduite aux acquêts, on doit appliquer ici le principe, généralement admis en matière de communauté, que la femme ne peut faire valoir son hypothèque légale au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est obligée. Mais ces

Ainsi, d'autre part, la femme conserve, sauf stipulation contraire, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, à charge cependant par elle de verser, entre les mains du mari, administrateur de la société d'acquêts, les économies qu'elle aura faites sur ses revenus[4].

Sous la réserve des règles qui viennent d'être indiquées, la société d'acquêts est régie, à tous égards, par les dispositions des art. 1498 et 1499, telles qu'elles ont été développées au § 522[5].

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

a. Les produits de l'industrie des époux et les économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens tombent dans la société d'acquêts, sans qu'il y ait à cet égard aucune distinction à faire, entre les revenus des biens du mari et ceux des biens de la femme, entre les revenus des biens dotaux et ceux des biens paraphernaux.

b. Les acquisitions faites, à titre onéreux, pendant le mariage, soit par le mari, soit par la femme, soit par les deux époux conjointement, font partie de la société d'acquêts, sauf les cas de subrogation ou de remploi, et sauf aussi récompense, s'il y a lieu.

c. L'art. 1510, qui forme le complétement de l'art. 1499, s'applique à la société d'acquêts, comme à la communauté réduite aux acquêts. Par suite, la femme n'est recevable à revendiquer, comme lui appartenants, les objets mobiliers saisis sur son mari, qu'autant qu'elle est à même d'établir, par un inventaire ou état authentique, qu'elle les a apportés en mariage, ou qu'ils lui sont échus durant le mariage[6].

auteurs ont perdu de vue que, s'il en est ainsi sous le régime de communauté, c'est par la raison que, sous ce régime, la femme est toujours libre de renoncer à son hypothèque légale, tandis que, sous le régime dotal, elle ne peut, par aucun acte, compromettre, durant le mariage, l'exercice de cette hypothèque, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens qui s'y trouvent soumis. — *Quid* au cas d'acceptation de la société d'acquêts ? Cpr. texte et note 7 *infra*.

[4] Sériziat, n° 387. Odier, III, 1516. Rodière et Pont, III, 2034 et 2035. Req. rej., 15 juillet 1846, Sir., 46, 1, 849. Agen, 17 novembre 1852, Sir., 52, 2, 591. Civ. cass., 14 novembre 1864, Sir., 65, 1, 31.

[5] Art. 1581. Cpr. Civ. cass., 8 mai 1855, Sir., 55, 1, 530.

[6] Cpr. § 522, texte n° 5, notes 28 et 29. Bordeaux, 21 janvier 1853, Sir., 53, 2, 243. Civ. rej., 19 juin 1855, Sir., 55, 1, 506.

d. Les pouvoirs du mari sur les biens de la société d'acquêts sont les mêmes que sous le régime de la communauté légale.

e. Lors de la dissolution de la société d'acquêts, par la mort de l'un des époux ou par la séparation de biens, la femme ou ses héritiers ont l'option de l'accepter ou d'y renoncer. Les effets de l'acceptation ou de la renonciation sont, en général, les mêmes que sous l'empire de la communauté légale.

Cependant l'acceptation de la société d'acquêts pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme n'emportant pas, de la part de la femme, renonciation à faire valoir, sur les immeubles de la société d'acquêts, même au détriment des créanciers envers lesquels elle s'est engagée, l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales[7]. Mais cette acceptation la rendrait non recevable à poursuivre, par voie hypothécaire, les acquéreurs de pareils immeubles; et ce, quand même elle n'aurait pas concouru aux ventes[8].

D'un autre côté, et en cas de renonciation, la femme est admise, non-seulement à exercer son hypothèque légale, sur les immeubles de la société d'acquêts, au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est engagée, mais même à poursuivre hypothécairement les tiers détenteurs de pareils immeubles, encore qu'elle ait concouru aux aliénations[9].

7 A la vérité, la femme peut, après la dissolution du mariage, renoncer à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales; et il semble, au premier abord, que le fait même de l'acceptation de la société d'acquêts emporte une pareille renonciation, du moins en ce qui concerne les immeubles faisant partie de cette société. Mais il ne faut pas oublier que les renonciations ne se présument pas; et il pourrait se présenter, même en dehors du cas où la femme, ayant fait inventaire, jouirait du bénéfice de l'art. 1483, des circonstances telles qu'il ne fût plus permis de considérer l'acceptation de la société d'acquêts, comme impliquant de sa part l'intention de renoncer aux avantages particuliers que lui assure le régime dotal. Odier, III, 1520. Civ. rej., 28 juin 1847, Sir., 47, 1, 493. Voy. en sens contraire: Troplong, III, 1913.

8 En acceptant la société d'acquêts, la femme confirme les aliénations, consenties par le mari, des immeubles faisant partie de cette société, et se rend, par cela même, non recevable à poursuivre hypothécairement les acquéreurs de ces immeubles. Cpr. § 264 *ter*, texte n° 3, et note 31.

9 En vertu de la rétroactivité attachée à la renonciation de la femme, le mari est censé avoir toujours été propriétaire exclusif des immeubles compris dans la

f. Les droits respectifs des époux sur les fruits des biens dotaux, pendant la dernière année du mariage, se règlent, non par application de la disposition spéciale de l'art. 1571, mais d'après les principes sur l'usufruit de la communauté [10]. Il en est ainsi, alors même que la femme renonce à la société d'acquêts [11].

société d'acquêts. Et, comme la femme n'a pu, durant le mariage, compromettre, par aucun acte, l'exercice de son hypothèque légale, à raison de sa dot, il en résulte que son concours aux actes d'aliénation ne saurait la rendre non recevable à poursuivre hypothécairement les acquéreurs des immeubles aliénés par le mari.

10 Tessier, II, p. 169, note 893. Rodière et Pont, III, 2039. Troplong, III, 1867.

11 Rouen, 3 mars 1853, Sir., 54, 2, 31. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, III, 2038.

FIN DU CINQUIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE CINQUIÈME VOLUME.

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS.

SUITE DE LA SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER.

FIN DE LA TABLE DU CINQUIÈME VOLUME.

